



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2009

**Literaturbericht Wirtschaftsstrafrecht : insbesondere Wirtschaftslenkung
und Wettbewerb, Unternehmensstrafrecht und Straftaten aus Unternehmen
heraus (einschliessliche Untreue)**

Wohlers, Wolfgang ; Kudlich, Hans

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-30170>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Wohlers, Wolfgang; Kudlich, Hans (2009). Literaturbericht Wirtschaftsstrafrecht : insbesondere Wirtschaftslenkung und Wettbewerb, Unternehmensstrafrecht und Straftaten aus Unternehmen heraus (einschliessliche Untreue). Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 121(3):711-770.

LITERATURBERICHT

Wirtschaftsstrafrecht

– Insbesondere Wirtschaftslenkung und Wettbewerb, Unternehmensstrafrecht und Straftaten aus Unternehmen heraus (einschließlich Untreue) –

Berichterstatter: Professor Dr. **Wolfgang Wohlers**, Zürich
Professor Dr. **Hans Kudlich**, Erlangen

Der nachfolgende Literaturbericht schließt einerseits an unseren letzten Bericht aus ZStW 120 (2008), S. 580 (insbesondere Kapitalmarktstrafrecht, Insolvenzstrafrecht und Korruptionsstrafrecht) sowie inhaltlich auch an den Bericht aus der ZStW 119 (2007), S. 361 an. Im Schwerpunkt werden Monographien behandelt, welche die Wirtschaftslenkung (einschließlich des Lauferkeitsrechts), das Unternehmensstrafrecht sowie die Untreue zum Gegenstand haben. Einzelne weitere Werke etwa zum europäischen Strafrecht, zu übergreifenden Fragestellungen oder gleichsam als Nachtrag zu ZStW 120 (2008), S. 603 ff. zum Insolvenzstrafrecht sowie zwei Titel mit vorrangig prozessualen Schwerpunkten kommen hinzu.

I. Strafrechtliche Verantwortung von und in (Kapital-) Gesellschaften

Das Wirtschaftsleben spielt sich zu einem erheblichen Teil in (insbesondere Kapital-) Gesellschaften ab – seien es die großen und im Blickpunkt des öffentlichen Interesses stehenden Publikums-AGs, seien es die GmbHs, die den mittelständischen und kleinunternehmerischen Bereich prägen. Die Struktur solcher Gesellschaften birgt dabei schon ihrer Natur nach zwei strafrechtliche Fragestellungen: Zum einen die nach einer strafrechtlichen Haftung der Gesellschaften als Körperschaften (hierzu sogleich unter 1.); zum anderen die nach der individuellen strafrechtlichen Verantwortung der Organe der Gesellschaft (vgl. hierzu unten 2.).

1. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen

Societas delinquere non potest – der Grundsatz, dass Kollektive keine tauglichen Adressaten strafrechtlicher Sanktionen sind, klingt zwar altherwürdig,

hat aber in den letzten Jahrzehnten auch in Kontinentaleuropa den Status als allseits akzeptierter Grundsatz weitgehend verloren. Nachdem die Niederlande die Strafbarkeit von Unternehmen in zwei Schritten bereits in den Jahren 1951 und 1976 eingeführt haben, haben seit den 90er Jahren praktisch alle westeuropäischen Staaten nachgezogen. Anhaltender Widerstand geht – soweit ersichtlich – derzeit allein noch von Deutschland sowie von Griechenland aus, wobei allerdings im geltenden deutschen Recht mit der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG ein Rechtsinstitut besteht, das zwar formal nicht Teil des Kriminalstrafrechts, sondern des Ordnungswidrigkeitenrechts ist, das aber der Sache nach eine (quasi-)strafrechtliche Sanktionierung von Unternehmen ermöglicht. Nimmt man hinzu, dass im geltenden Kartellrecht auch auf europäischer Ebene Unternehmenssanktionen mit pönalem Charakter verhängt werden können, und berücksichtigt man, dass die generelle Einführung der Strafbarkeit des Unternehmens ein Anliegen ist, dem auf supranationaler Ebene große Bedeutung beigemessen wird, dann muss man anerkennen, dass sich die deutsche Strafrechtswissenschaft zu Recht mit der Thematik strafender Sanktionen gegenüber Verbänden im Allgemeinen und gegenüber (Wirtschafts-)Unternehmen im Besonderen beschäftigt; vgl. hierzu auch bereits ZStW 119 (2007), S. 378 ff. Bemerkenswert ist, dass sich der Fokus der Arbeiten, dem rechtspolitischen Megatrend folgend, von der Frage des „ob“ zunehmend auf die Frage des „wie“ verlagert, womit zum einen die in anderen Ländern bereits in Kraft getretenen Regelungen als mögliche Referenzmodelle interessant werden und zum anderen die Frage in den Vordergrund rückt, wie man dem Trend folgen kann, ohne die eigenen rechtsdogmatischen Überzeugungen und Grundwerte aufzugeben.

Hartan, Cora Constanze: Unternehmensstrafrecht in Deutschland und Frankreich. Ein Rechtsvergleich angesichts europäischer Harmonisierungsbestrebungen. Hamburg: Dr. Kovač 2006, 326 S. Strafrecht in Forschung und Praxis, Band 72.

In Frankreich ist die Strafbarkeit juristischer Personen im Jahre 1994 auch im Kernstrafrecht verankert worden. Ziel der von *Cora Constanze Hartan* vorgelegten Untersuchung ist es, die Regelung des Art. 121–2 Nouveau Code Pénal näher zu analysieren und der Frage nachzugehen, ob diese Vorbildfunktion für eine de lege ferenda zu schaffende Norm des deutschen Rechts haben könnte. Die Abhandlung ist in insgesamt neun Kapitel gegliedert. Im ersten Kapitel (S. 1–38) werden neben der Einführung in den Untersuchungsgegenstand und der Darstellung des Gangs und der Methodik der Untersuchung auch die für den mit dem französischen Recht nicht bereits vertrauten

Leser zum Verständnis unverzichtbaren Grundstrukturen des französischen Strafrechts entfaltet. Im zweiten und dritten Kapitel wird dann – jeweils für das deutsche und das französische Recht – die rechtshistorische Entwicklung nachvollzogen (S. 39–62) und die aktuelle Rechtslage analysiert (S. 63–112). Im vierten Kapitel (S. 113–171) werden die Einwände gegen die Einführung von Verbandsstrafen thematisiert und der Frage nachgegangen, ob das französische Recht Vorbildcharakter für eine mögliche deutsche Regelung haben kann. Das fünfte und sechste Kapitel handeln sanktionsrechtliche bzw. prozessuale Fragestellungen ab, bevor dann im siebten Kapitel (S. 207–230) die rechtspraktische Bedeutung der in Deutschland und Frankreich bestehenden Rechtsinstitute thematisiert und Erkenntnisse aus dem Rechtsvergleich gezogen werden. Im achten Kapitel (S. 231–249) werden die Vereinheitlichungstendenzen auf europäischer Ebene thematisiert, bevor dann im abschließenden neunten Kapitel die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst werden (S. 251 ff.).

Der Wert der Untersuchung liegt weder in der Analyse des geltenden deutschen Rechts noch in der weitgehend referierend bleibenden Aufbereitung der deutschen Diskussion, sondern in der Analyse des französischen Rechts. *Hartan* zeigt auf, dass die „Einführung“ der Strafbarkeit juristischer Personen angesichts der im Nebenstrafrecht bereits bestehenden Sanktionsmöglichkeiten weniger revolutionär war, als dies gemeinhin angenommen wird (S. 42 ff.; zu den Gründen für die Einführung vgl. S. 156 ff., 226). Die Analyse des Art. 121–2 NPC (S. 96 ff.) legt die Probleme der Norm offen, die teilweise bereits durch den Gesetzgeber korrigiert worden sind (vgl. S. 97 ff. zur Anknüpfung der Verbandsverantwortlichkeit an bestimmte Straftatbestände) und die teilweise noch fortbestehen. Hervorzuheben sind insoweit die der Sache nach dem englischen Recht entsprechende Beschränkung des Kreises tauglicher Anlasstäter auf Organe und Vertreter der juristischen Person (S. 107 ff., 140 ff.), die in sachlicher Hinsicht unklare Anknüpfung an Anlasstaten, die „pour le compte“ der juristischen Person begangen werden (S. 111 ff.) sowie die grundlegende Unklarheit, ob es sich um ein Regelungsmodell handelt, das auf einer originären oder einer derivativen Haftung der juristischen Person aufbaut (S. 160 ff.), dem *Hartan* aber dennoch Vorbildfunktion für eine de lege ferenda zu schaffende deutsche Regelung bescheinigt (S. 230): Die von der französischen Rechtsprechung als derivatives Haftungsmodell interpretierte Regelung sei geeignet, die im Hinblick auf die Handlungs- und Schuldfähigkeit juristischer Personen bestehenden Bedenken zu entkräften (vgl. zusammenfassend S. 251 ff.).

Auch dann, wenn man die Vorbildfunktion des französischen Rechts für das deutsche Recht angesichts der doch recht gravierenden rechtsdogmatischen Unterschiede weniger optimistisch beurteilt und die gegen die Einführung von Verbandsstrafen sprechenden rechtsdogmatischen Einwände höher bewertet, als *Hartan* dies tut, wird man anerkennen müssen, dass das ausländische – und damit unter anderem eben auch das französische – Recht Modelle bereit hält, die zeigen, „wie“ man es machen kann, wenn man es denn machen will.

Kindler, Steffi: Das Unternehmen als haftender Täter. Ein Beitrag zur Frage der Verbandsstrafe im deutschen Strafrechtssystem – Lösungswege und Entwicklungsperspektiven de lege lata und de lege ferenda. Baden-Baden: Nomos 2008, 332 S. Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Band 6.

Ausgangspunkt der Abhandlung ist die „widersprüchliche Beurteilung der Leistungsfähigkeit des bestehenden Strafrechtssystems sowie der tatsächlichen Erforderlichkeit einer Verbandsstrafe durch ihre Befürworter einerseits und ihre Kritiker andererseits“ (S. 18). Ziel der Untersuchung ist es, zu klären, „ob und inwieweit die bestehenden Sanktionsmöglichkeiten und Zurechnungsformen den strukturellen Besonderheiten der Unternehmensdelinquenz Rechnung tragen und zu deren Bewältigung tatsächlich geeignet sind. Parallel zur Frage der Effizienz des bestehenden Sanktionsinstrumentariums soll dessen rechtsdogmatische Konzeption und tendenzielle Zielrichtung betrachtet werden, um so zweitens die Frage zu klären, ob die Einführung einer Verbandsstrafe wirklich ein so revolutionärer Schritt wäre, wie vielfach behauptet wird“ (S. 18).

Steffi Kindler hat ihre Untersuchung in drei größere Teile gegliedert. Im ersten, der historischen Entwicklung gewidmeten Teil (S. 20–44) zeigt sie auf, dass der Grundsatz „societas delinquere non potest“ kein durchgängig gültiger Grundsatz war. Die Strafbarkeit von Verbänden wurde je nachdem, ob hierfür ein praktisches Bedürfnis bestand, bejaht oder verneint, d. h.: entscheidend waren nicht dogmatische Erwägungen zur Straf(un)fähigkeit von Verbänden, sondern das (rechts- und gesellschafts-)politisch motivierte Bedürfnis, Verbände durch den Einsatz strafender Sanktionen unter staatliche Kontrolle zu nehmen oder umgekehrt von solcher Kontrolle freizustellen. Die Strafbarkeit von Verbänden – so das Fazit *Kindlers* – war (und ist) eine Problematik „im Spannungsfeld von Pragmatik und Dogmatik“ (S. 42).

Der zweite, umfangreichste Teil der Untersuchung (S. 44–210) ist der Analyse des geltenden Rechts gewidmet, wobei *Kindler* nicht nur die Sanktionen gegen das Unternehmen selbst behandelt (S. 130 ff.), sondern auch die zweite kommunizierende Röhre in die Betrachtung einbezieht: die Möglichkeiten, die für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen für unternehmensbezogene Straftaten zur Verantwortung zu ziehen (S. 48 ff.). Sie kommt hierbei zu dem Ergebnis, dass das Individualstrafrecht auch dann, wenn von den diesbezüglich zur Verfügung stehenden Instituten (wie insbesondere der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft [S. 49 ff.], der Organ- und Vertreterhaftung [S. 59 ff.], der Geschäftsherrenhaftung im Allgemeinen [S. 77 ff.] und nach § 130 OWiG [S. 93 ff.]) exzessiv Gebrauch gemacht wird, nicht geeignet ist, der Problematik Herr zu werden, gleichzeitig aber die bestehende Dogmatik in höchst problematischer Weise überspannt wird.

Als mögliche Sanktionen gegen das Unternehmen selbst analysiert *Kindler* die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG (S. 131 ff.) sowie den Verfall und die Einziehung (S. 158 ff., 180 ff.), wobei sie die Verbandsgeldbuße des geltenden Rechts als dogmatisch widersprüchliche und in ihrer Effizienz skeptisch zu beurteilende Sanktion einstuft, während dem Verfall – jedenfalls dann, wenn er als Bruttoverfall ausgestaltet sei – das Potential zuerkannt wird, eine echte Alternative zur Verbandsgeldbuße darzustellen (S. 207). Insgesamt gesehen – so *Kindler* – habe die Analyse gezeigt, „dass das geltende Recht der Unternehmenskriminalität keineswegs machtlos gegenübersteht, sondern sich im Einzelfall als durchaus wirkungsvoll erweisen kann“ (S. 208). Andererseits könne aber keines der analysierten Rechtsinstitute „für sich den Anspruch erheben, zum gesicherten Bestand strafrechtlicher Dogmatik zu gehören. Sie stehen im Gegenteil überwiegend sogar in deutlichem Widerspruch zu herkömmlichen strafrechtsdogmatischen Grundsätzen, weshalb man sich des Eindrucks nicht erwehren kann, dass das Strafrecht längst damit begonnen hat, kräftig am eigenen Ast zu sägen“ (S. 208).

Ausgehend von diesem Befund wendet sich *Kindler* im dritten Teil (S. 211–313) der Frage zu, „ob eine Verbandsstrafe widerspruchsfrei in das geltende Individualstrafrecht integriert und mit den klassischen strafrechtlichen Grundkategorien in Einklang gebracht werden kann, oder ob nicht vielmehr ein Paradigmawechsel dahin nötig ist, die strafrechtliche Verantwortlichkeit kollektiver Akteure von den individualstrafrechtlichen Prinzipien zu entkoppeln und eine ‚zweite Spur‘, ein getrenntes System originärer Verantwortlichkeit von Korporationen zu etablieren“ (S. 211). *Kindler* zeichnet in einem ersten Schritt die verschiedenen Modelle zur Begründung der

Handlungsfähigkeit von Verbänden nach (S. 212 ff.), bevor sie sich dann den Modellen zuwendet, mit denen die Schuldfähigkeit von Verbänden begründet werden soll (S. 223 ff.), die aber – so *Kindler* – sämtlich nicht zu überzeugen vermögen: Die Schuldfähigkeit von Verbänden könne weder als abgeleitete noch als originäre Verbandsschuld überzeugend begründet werden. Hierbei sei es aber nicht „die Frage, ob Verbände Unrecht verwirklichen und Schuld auf sich laden können, welche schier unlösbare Probleme bereitet. Es ist die Frage einer kumulativen Haftung von Verband und natürlicher Person, die sich unter Geltung des Schuldprinzips nicht widerspruchsfrei lösen lässt“ (S. 255).

Auch die bisher entwickelten Modelle vom Schuldprinzip gelöster Sanktionen gegen Verbände überzeugen *Kindler* nicht. Sie diskutiert und verwirft nicht nur das von *Schünemann* vorgeschlagene, auf einen Rechtsgüternotstand bzw. einen Präventivnotstand aufbauende Modell (S. 257 ff.) und das von *Alwart* in die Diskussion eingebrachte Modell einer subsidiären Verbandshaftung (S. 263), sondern auch das unter anderem von *Stratenwerth* und *Wohlers* propagierte Maßnahmemodell (S. 267 ff.), wobei diesbezüglich zum einen das Festhalten am Erfordernis der individuellen Anknüpfungstat als verfehlt kritisiert (S. 270) und zum anderen darauf hingewiesen wird, dass den Maßregeln „nach klassischem Verständnis nur eine ergänzende Funktion zukommt“ (S. 271). Auch bei der Sanktionierung von Verbänden „geht es ganz entscheidend auch um Normstabilisierung und Normdurchsetzung, um die abschreckende Wirkung einer strafrechtlichen Verurteilung und in gewissem Umfang auch um die Befriedigung des Vergeltungsbedürfnisses der Allgemeinheit, um die angemessene Ahndung begangenen Unrechts. Allein mit einer auf Sicherung und Besserung gerichteten Massregel können diese Ziele aber nicht erreicht werden“ (S. 272).

Ihr eigener Vorschlag, den *Kindler* sodann auf den Seiten 274–285 entwickelt, ist ihrer Einschätzung nach „nicht mehr und nicht weniger als die logische und konsequente Ableitung aus dem bisher Zusammengetragenen unter Berücksichtigung der sozialen und rechtlichen Realität von Unternehmen und Verbänden sowie der Funktionsgebundenheit und Rollenhaftigkeit menschlichen Verhaltens in ihnen“ (S. 274). Auszugehen sei – so *Kindler* – von folgenden Grundannahmen: Was in unserer Gesellschaft strafwürdiges und strafbares Unrecht sei, bestimme der Gesetzgeber; unter welchen Voraussetzungen eine Normverletzung eine Strafe nach sich ziehe, sei eine Frage der Zurechnung. Zurechnung sei wiederum „die wertende Bestimmung der Zuständigkeit und Verantwortlichkeit für eine Normverletzung, also die unter Wertungsgesichtspunkten getroffene Entscheidung darüber, wer unter wel-

chen Voraussetzungen wegen der Verletzung einer strafgesetzlichen Norm zu bestrafen ist“ (S. 274). Strafe als Reaktion auf einen Normbruch setze schuldhaftes Verhalten eines menschlichen Individuums voraus. Dies gelte auch für die Zurechnung zu Verbänden, die notwendigerweise durch natürliche Personen agieren (S. 274/275). Während aber „nach der bisherigen Zurechnungslehre mit der Feststellung der schuldhaften Handlung (oder Unterlassung) eines Individuums zugleich dessen Tatzuständigkeit und Verantwortlichkeit feststeht, ist die Zurechnung im Unternehmensbereich um eine neue Zurechnungskategorie zu erweitern, anhand derer erst das endgültige Urteil darüber zu fällen ist, in wessen Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich die schuldhaft begangene Normverletzung am Ende tatsächlich fällt“ (S. 275). Entscheidend sei, „ob die begangene Normverletzung Ausdruck einer ausschliesslich individuellen oder Ausdruck einer kollektiven Sinnbestimmung ist“ (S. 275). Insoweit bestehe ein Ausschlussverhältnis: „Die begangene Normverletzung kann nur entweder als Ausdruck einer individuellen oder als Ausdruck einer kollektiven Sinnbestimmung gewertet werden“ (S. 276). Konstituiere die begangene Normverletzung einen ausschließlich individuellen Sinn, hafte allein das schuldhaft handelnde Individuum, anderenfalls allein der Verband, wobei dessen Verantwortlichkeit, weil er nur durch Individuen handeln und selbst keine Schuld auf sich laden könne, „auf einer rechtlichen Fiktion“ beruhe (S. 276).

Kindler erkennt an, dass auch das von ihr vorgeschlagene, auf der Annahme des handelnden Individuums als Repräsentant des Verbandes aufbauende Modell (zur Konkretisierung des Haftungsmodells vgl. S. 277 ff.) keine lückenlose Ahndung ermöglicht (vgl. S. 279 ff., 285). Das Modell sei aber dogmatisch konsequent und ermögliche „eine sachgerechte Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Verband einerseits und Individuum andererseits“ (S. 284). Es breche offen mit dem unter der Hand bereits längst aufgegebenen Dogma, dass nur der einzelne Mensch Unrecht begehen und Schuld auf sich laden könne und es sei deshalb eine Lösung, die „das Individualstrafrecht langfristig besser zu schützen vermag, als eine über die schleichende Nivellierung traditioneller Zurechnungsgrundsätze erstrebte Ausweitung der Individualhaftung für Führungspersonen des Unternehmens“ (S. 285).

Bezogen auf die konkrete Ausgestaltung der Sanktionstatbestände hält sich *Kindler* sehr zurück. Sie führt aus: „Eine kollektive Sinnbestimmung ist anzunehmen, wenn die begangene Normverletzung eine den Verband treffende Pflicht verletzt oder diesem einen unrechtmäßigen Vorteil verschafft oder verschaffen soll und der individuelle Täter die Befugnis innehat, für den Verband verantwortlich zu zeichnen, also über die Kompetenz zur kollekti-

ven Sinnbestimmung verfügt, und bei Normverletzung gerade in seiner spezifischen Rolle als Funktionsträger und Repräsentant des Verbandes in dessen Interesse handelt. Eine individuelle Sinnbestimmung hingegen ist anzunehmen, wenn der individuelle Täter eine ausschließlich ihn selbst treffende Pflicht verletzt oder unter Ausnutzung der ihm eingeräumten Befugnisse die Tat im ausschließlich eigenen Interesse und zum ausschließlich eigenen Vorteil begeht, also in allen Fällen, in denen er seine spezifische Rolle als Funktionsträger und Repräsentant des Verbandes verlässt und allein als Privatperson handelt“ (S. 275 f.).

Abgesehen davon, dass offen bleibt, was zu geschehen hat, wenn ein Verhalten im beidseitigen Interesse liegt, gehen diese doch sehr knappen und apodiktischen Ausführungen nicht über Thesen hinaus, die letztlich nicht mehr wiedergeben als das, was der Sache nach auch bereits aus den einschlägigen internationalen Vorgaben abzulesen ist. Die entscheidende Frage dürfte aber doch die sein, ob man die Problematik der fehlenden Schuldfähigkeit von Unternehmen tatsächlich im Wege einer Fiktion angemessen lösen kann – konkret gefragt: Wird Strafe dann, wenn man Schuldfähigkeit fingiert, nicht doch zu etwas ganz Anderem? Trotz – oder gerade wegen – dieser Einwände stellt die Abhandlung eine anregende Lektüre dar.

Kirch-Heim, Claudio: Sanktionen gegen Unternehmen. Rechtsinstrumente zur Bekämpfung unternehmensbezogener Straftaten. Berlin: Duncker & Humblot 2007, 270 S. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 191.

Claudio Kirch-Heim geht in seiner Untersuchung der Frage nach, ob „es die effektive Bekämpfung unternehmensbezogener Straftaten tatsächlich erforderlich [macht], neue Sanktionen gegen Unternehmen einzuführen“ und, wenn ja, wie diese Sanktionsinstrumente auszugestalten sind (S. 16). Er bejaht die erste (Teil-)Frage und befürwortet, nachdem er die Zulässigkeit einer Verbandsstrafe mangels Schuldfähigkeit von Unternehmen verworfen hat (S. 167), die Einführung einer repressiven monetären Sanktion eigener Art: das „Sanktionsgeld“ (S. 198), das durch weitere präventivrechtliche Sanktionen ergänzt werden soll (S. 200 ff.).

Die Arbeit ist in vier Teile gegliedert: In einem ersten Teil werden die Sanktionsinstrumente des geltenden Rechts in ihrer Gesamtheit vorgestellt (S. 18–36). In einem zweiten Teil wird die Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts untersucht (S. 37–105), wobei *Kirch-Heim* sowohl den Satz, dass derjenige, der von unternehmerischer Freiheit Gebrauch mache, auch eine

entsprechende Verantwortlichkeit trage, als auch das Vergeltungsbedürfnis der Bevölkerung mit guten Gründen als ausreichende Grundlage für die Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit zurückweist (S. 39 ff.) und stattdessen auf drei Gesichtspunkte verweist: auf die Notwendigkeit, mittels repressiver Sanktionen kriminelle Verbandsattitüden aufzubrechen (S. 44 ff.), den besonderen Schwierigkeiten beim Nachweis von aus Unternehmen heraus begangenen Straftaten in den Fällen „organisierter Unverantwortlichkeit“ zu begegnen (S. 52 ff., 56 ff.) und dem Phänomen der „strukturellen Unverantwortlichkeit“ Herr zu werden (S. 58 ff.). Das Sanktionsinstrumentarium des geltenden Rechts sei – so *Kirch-Heim* – inkohärent und weise strukturelle Defizite auf: Die Geldbuße nach § 30 OWiG könnte zwar ein wichtiges Instrument zur Sanktionierung von Unternehmen darstellen, die Norm werde aber zum einen nicht konsequent angewendet und weise drüber hinaus auch in ihrer derzeitigen Ausgestaltung noch einige Schwächen auf (S. 68 ff.). Unternehmensspezifische Maßregeln der Besserung und Sicherung, die nach *Kirch-Heim* als Ergänzung zur Geldbuße vorteilhaft wären, seien im geltenden Recht überhaupt nicht vorhanden (S. 100).

Im dritten Teil (S. 106–231) geht *Kirch-Heim* dann der Frage nach, „wie die Sanktionsdefizite des derzeitigen Rechts behoben werden können“ (S. 106). Nachdem in einem ersten Schritt die Vorgaben des internationalen und europäischen Rechts dargestellt worden sind (S. 106–112) und in einem zweiten Schritt als Adressat potentieller Sanktionen der Unternehmensträger identifiziert worden ist (S. 112–126), wendet sich *Kirch-Heim* dann der Analyse der Zulässigkeit der Unternehmensstrafe zu (S. 127–197). Insoweit kommt er zu dem Ergebnis, dass eine Unternehmensstrafe nicht an der Handlungs(un)fähigkeit von Unternehmen scheitern müsste (S. 140 ff.), dass Unternehmen straffähig sind (S. 171 ff.) und eine Unternehmensstrafe auch unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten keinen durchgreifenden Einwänden ausgesetzt sei (S. 176 ff.). Die Unzulässigkeit einer Unternehmensstrafe ergibt sich seiner Auffassung nach aber daraus, dass Unternehmen nicht schuldfähig sind: Weder könne den Unternehmen die Schuld ihrer Organe oder Repräsentanten zugerechnet werden, noch lasse sich eine originäre Schuld des Unternehmens begründen (S. 154 ff.). Das Problem der fehlenden Schuldfähigkeit lässt sich nach *Kirch-Heim* auch nicht dadurch lösen, dass man auf eine Unternehmensstrafe verzichtet und stattdessen eine Unternehmensbuße verhängt, wenn und soweit diese – wie im geltenden OWi-Recht – an die persönliche Vorwerfbarkeit anknüpft (S. 184 ff.), womit nur der Weg bleibt „zu prüfen, ob gegen Unternehmen repressive Sanktionen eigener Art verhängt

werden können, die mit dem Schuldgrundsatz nicht in Widerspruch stehen“ (S. 186).

Wie bereits eingangs erwähnt, sieht *Kirch-Heim* die Lösung in der Einführung einer repressiven monetären Sanktion eigener Art, des von ihm sog. „Sanktionsgeldes“ (S. 198), das dann noch durch weitere präventivrechtliche Sanktionen ergänzt werden soll (S. 200 ff.). Das „Sanktionsgeld“ setze keine Schuld voraus und könne „mithin immer dann verhängt werden, wenn das Unternehmen einen Unrechtstatbestand in zurechenbarer Weise verwirklicht habe“ (S. 198; zur Ausgestaltung der Haftungstatbestände vgl. S. 236 ff.). Die Zulässigkeit schuldgelöster repressiver Unternehmenssanktionen hängt nach *Kirch-Heim* davon ab, dass „zwischen dem zu sanktionierenden Unternehmen und dem Sanktionsgrund eine besondere Beziehung besteht, die eine Zurechnung ermöglicht“, wobei es erforderlich ist, dass „die Qualität dieser Zurechnungsbeziehung ausreicht, um nicht nur präventive, sondern auch repressive Sanktionen gegen das Unternehmen zu legitimieren“ (S. 194). Diesen Zurechnungsgrund sieht *Kirch-Heim* darin, dass dem (seiner Auffassung nach: handlungsfähigen; vgl. S. 140 ff.) Unternehmen das verwirklichte Erfolgs- und Handlungsunrecht und die hieraus resultierende Normdestabilisierung zugerechnet werden kann (S. 195). Da Unternehmen – anders als natürlich Personen – weder Würde noch Eigenverantwortlichkeit zukomme, sei es auf dieser Grundlage – anders als bei natürlichen Personen – möglich, nicht nur präventive, sondern auch repressive Sanktionen zu verhängen, soweit nur der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werde (S. 195 f.).

Die auf lediglich zwei Druckseiten entfaltete Begründung dafür, dass das „Sanktionsgeld“ als repressive Sanktion eigener Art verhängt werden kann, „wenn das Unternehmen in zurechenbarer Weise einen Unrechtstatbestand verwirklicht und somit ein generalpräventives Sanktionsbedürfnis herbeigeführt hat“ (S. 195), wirkt etwas ergebnisorientiert: Dass man, wenn man repressive Sanktionen gegen Unternehmen verhängen will, auf eine Legitimation über den Schuldgrundsatz verzichten muss, wird niemand bestreiten wollen. Genau so wenig kann man aber bestreiten, dass das generalpräventive Bedürfnis nach einer Ahndung für sich allein gesehen nicht ausreicht, um Sanktionen zu legitimieren. Vor diesem Hintergrund wird man dann aber dem „Zurechnungsgrund“, der die Verhängung repressiver Sanktionen legitimieren soll, doch mehr Aufmerksamkeit widmen müssen, als *Kirch-Heim* es getan hat. Der Eindruck, dass es sich bei dem von ihm propagierten „Ordnungsgeld“ der Sache nach um nichts anderes handelt, als ein Etikett für eine schuldgelöste Geldstrafe und/oder -buße, ist aus der Sicht der Rezensenten nicht ausgeräumt. Gerade dann, wenn man – wie *Kirch-Heim* es tut – den

Schuldgrundsatz der Sache nach auch auf das Ordnungswidrigkeitenrecht erstreckt (S. 185 f.), wäre es interessant zu erfahren, warum das gegen ein Unternehmen verhängte Ordnungsgeld legitim ist, während die Unternehmensbuße des geltenden Rechts (§ 30 OWiG) wohl konsequenterweise als illegitim anzusehen wäre (vgl. S. 186, wo es heißt, dass das Problem der Schuldfähigkeit bei einer Herabstufung der Unternehmensstrafe zur Geldbuße „lediglich abgeschwächt, nicht aber beseitigt“ wird).

2. Die strafrechtliche Haftung der Gesellschaftsorgane

Soweit es um die strafrechtliche Verantwortung der Gesellschaftsorgane geht, steht insbesondere in der jüngeren Vergangenheit der Schutz des Vermögens der Gesellschaft als juristische Person gegen vermögensschädigende Handlungen der Organe im Mittelpunkt des Interesses. Bei der AG, deren Behandlung in diesem Bericht dominiert, verläuft eine grundsätzliche Trennlinie zwischen der Verantwortung des Vorstandes als Exekutiv- (dazu a)) und des Aufsichtsrates als (grundsätzlich bloßem) Kontrollorgan (dazu b)). Neben den förmlich bestellten Organen werden im Berichtszeitraum aber auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Organe (dazu c)) sowie die spezielle Problematik der Einmann-GmbH erörtert (abschließend d)).

a) *Strafrechtliche Verantwortung des Vorstandes*

Loeck, Hennig: Strafbarkeit des Vorstands der Aktiengesellschaft wegen Untreue. Frankfurt a.M./Berlin u. a.: Peter Lang 2006. XVI, 354 S. Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 4474.

Die von *Montenbruck* betreute (und interessanterweise mit *Schwab* von einem Zivilrechtslehrer zweitbegutachtete) Arbeit von *Loeck* nimmt den Vorstand der Aktiengesellschaft in den Fokus ihrer Betrachtungen zur Untreue. In einer knappen Einleitung legt *Loeck* zunächst die Stellung des Vorstandes, die generelle Relevanz des § 266 StGB (für die *Loeck* zutreffend eine geänderte Wahrnehmung in der gesellschaftlichen Anschauung registriert, vgl. S. 3) und sein Verständnis der „Einheit der Rechtsordnung“ (S. 7 ff.) mit der Konsequenz einer nicht zu streng zu verstehenden Zivilrechtsakzessorietät dar. Im ersten Teil wird sodann die historische Entwicklung der aktienrechtlichen Organuntreue (u. a. mit Blick auf § 294 AktG a.F.) knapp nachgezeichnet und in allgemeiner Form die Bedeutung gesellschaftsrechtlicher Regelungen für den Untreuetatbestand erläutert. Die allgemeinen Über-

legungen münden in das Fazit ein, der „materiell-vermögensschützende Charakter des § 266 StGB“ gebiete es, „seine tatbestandlichen Voraussetzungen grundsätzlich, keinesfalls jedoch ausschließlich an den Vorgaben des Gesellschaftsrechts zu orientieren und die Strafbarkeit von Handlungen in Rechtsgeschäften der Organe der Aktiengesellschaft zumindest auch an den gesellschaftsrechtlichen Vermögensbindungen auszurichten“ (S. 24). Das ist ein wenig mager und führt – was die spätere Untersuchung freilich nicht weniger interessant macht – dazu, dass jeweils eine mehr oder weniger ausführliche Abwägung im Einzelfall erforderlich wird.

Der ausführlichste Teil der Arbeit, in dem auch eine Reihe grundlegender, später immer wieder aufgegriffener Wertungen entwickelt wird, befasst sich dann mit der Untreue durch Risiko- und Spekulationsgeschäfte (S. 25 ff.). Dabei stellt *Loeck* fest, dass aus wirtschaftlicher Sicht jegliches geschäftliches Handeln stets mit mehr oder weniger großen Risiken verbunden sei (S. 26). Die dabei von *Loeck* selbst gefundene Formel, „dass das Risikogeschäft eine geschäftliche Disposition sein muss, bei der ungewiss ist, ob Konsequenz eine Vermögensmehrung oder eine Vermögensschädigung ist“ (S. 28), bringt hier allerdings keine wirkliche engere Eingrenzung. Die verschiedenen Risikogeschäfte werden dann anhand von – im Wesentlichen bekannten und anderenorts auch ausführlicher behandelten – Fallgruppen erörtert, unter denen die Kreditvergabe (unter besonderer Berücksichtigung der beiden Leitentscheidungen BGHSt. 46, 30 und 47, 148), die Spekulationsgeschäfte (S. 56 ff.), die Leistung und der Empfang von Schmiergeldern und Provisionen (S. 67 ff. – naturgemäß noch vor der wichtigen Entscheidung „Siemens/ENEL“) sowie die Begehung von Taten zugunsten der AG mit dem Risiko entsprechender Sanktionen (S. 84 ff.) dargestellt werden. *Loeck* geht – wie auch in späteren Teilen der Arbeit – sehr anschaulich vor, indem er einleitend reale Beispielfälle schildert, bei denen sich die entsprechenden Fragen stellen können, und diese dann anhand der Merkmale des Untreuetatbestandes abarbeitet. Als gleichsam fallgruppenübergeordnete Gesichtspunkte werden auch Risikosteuerungspflichten (etwa § 91 Abs. 2 AktG, den *Loeck* als spezielle Ausprägung der allgemeinen Pflicht des § 76 Abs. 1 AktG versteht und damit für potentiell untreuerelevant hält, vgl. S. 93) sowie die Bedeutung eines etwaigen Hauptversammlungsbeschlusses als denkbare Einwilligung (S. 95 ff.) behandelt. Zum letzten Problem vergleicht *Loeck* die Situation bei der Aktiengesellschaft mit der insoweit bereits ausführlicher diskutierten Rechtslage bei der GmbH, verweist aber auch auf die unterschiedlich starken Stellungen der Organe sowie insbesondere die unterschiedlich stark ausgeprägte Vermögensbindung, was ihn zu dem Ergebnis führt, dass außerhalb gesetzlicher

Regeln zur Gewinnverteilung auch bei Zustimmung des Aufsichtsrats jedenfalls eine Untreue vorliegen würde.

Insgesamt knapper gehalten sind die nachfolgenden Teile der Arbeit. Dabei befasst sich der dritte Teil (S. 107 ff.) zunächst mit der Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens durch die Gewährung unberechtigter Leistungen. Unter diesem Stichwort wird die brisante Problematik von Spenden durch die Aktiengesellschaft dargestellt (deren soziale Akzeptanz außer Frage steht, deren Rechtfertigung jedoch heute mit Blick auf die rigide Rechtsprechung zum Vermögensschaden bei der Untreue durch den BGH schwieriger ist denn je), bevor die (unangemessen hohe) Vergütung von Vorstandsmitgliedern behandelt wird. Letztere ist freilich genau genommen insbesondere ein Problem der Strafbarkeit der Aufsichtsräte (vgl. dazu auch unten 2. b)). In intensiver Auseinandersetzung insbesondere mit dem „Mannesmann-Fall“ kommt *Loeck* in Übereinstimmung mit der zumindest im Strafrecht h.M. dazu, dass eine einseitige nachträgliche Prämienzahlung generell untreuerelevant ist, wobei der begünstigte Vorstand selbst jedoch keinesfalls als Täter, sondern nur als Teilnehmer in Betracht kommt (S. 150 ff.).

Im anschließenden vierten Teil werden sonstige Pflichtverletzungen des Vorstands, die teilweise in eigenständigen Normen pönalisiert sind, auf ihre Untreuerelevanz untersucht. *Loeck* geht hier auf die falsche Rechnungslegung (S. 157 ff.), auf die Verletzung von Verschwiegenheitspflichten (S. 169 ff.), auf die Begehung von Insolvenzstraftaten (S. 184 ff.) sowie auf Kapitalmarktdelikte (S. 196 ff.) ein und macht dabei anschaulich deutlich, dass in einer Reihe von Konstellationen flankierend auch eine Untreuestrafbarkeit durchaus im Raume stehen kann.

Der fünfte Teil (S. 206 ff.) beschäftigt sich mit der Konzernuntreue und setzt sich dabei naturgemäß maßgeblich mit der Entscheidung „Bremer Vulkan“ auseinander. Er geht jedoch auch noch einmal deutlich über diese hinaus, indem etwa nicht nur die Strafbarkeit des Vorstandes der beherrschenden, sondern auch der beherrschten Aktiengesellschaft untersucht wird. Der sechste Teil schließlich befasst sich mit der individuellen Verantwortlichkeit innerhalb des mehrköpfigen Vorstandes (S. 239 ff.). Dabei wird zunächst die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nichttätigen Vorstandsmitglieds bei einer entsprechenden Ressortaufteilung untersucht (welche *Loeck* im Ausgangspunkt ablehnt [S. 255], jedoch in Gestalt einer Unterlassungsstrafbarkeit für möglich hält, wenn nicht zumindest der Aufsichtsrat angerufen wird, vgl. S. 269); der zweite Unterabschnitt des Teils befasst sich mit verschiedenen Facetten des bekannten Problems der Kollegialentscheidungen.

Da *Loeck* bemüht ist, das gesamte Spektrum untreuerelevanter Fragen im Zusammenhang mit dem Vorstandshandeln einer Aktiengesellschaft abzudecken, werden zahlreiche Fragen aufgeworfen, die bereits an anderer Stelle ausführlich behandelt worden sind. Insoweit handelt es sich um eine eher „sammelnde“ als um eine systembildende Arbeit. Diese „Sammlung“ findet jedoch vielfach auf hohem Niveau und insbesondere mit einer ganz beachtlichen gesellschaftsrechtlichen Fundierung statt, so dass tatsächlich zu den meisten Fragen der Strafbarkeit des AG-Vorstandes wichtige Anregungen, jedenfalls aber verlässliche Nachweise zu finden sind.

Nuß, Tobias: Untreue durch Marketingkommunikation. Berlin: Logos 2006, XVIII, 742 S. Strafrechtliche Fragen der Gegenwart, Band 3.

Im Ausgangspunkt nicht speziell auf den Vorstand der AG beschränkt ist das von *Nuß* behandelte Problem der „Marketingkommunikation als Untreue“. Da *Nuß* aber die AG in den Mittelpunkt seiner Untersuchung stellt und innerhalb dieser entsprechende Entscheidungen durch den Vorstand zu treffen (oder zumindest zu verantworten) sind, kann das Buch im vorliegenden Kontext behandelt werden. Die Brisanz des Themas lässt sich vielleicht mit einer interessanten zeitlichen Koinzidenz im Jahr 2008 illustrieren: Ende September, ungefähr gleichzeitig mit dem Beginn des Siemens/AUB-Prozesses in erster Instanz, hat die Firma Siemens bekannt gegeben, dass sie eine Stiftung für ihr gesellschaftliches Engagement gegründet hat, die mit rund 400 Millionen € Startkapital ausgestattet worden ist (und Anfang 2009 ihre operative Tätigkeit aufgenommen hat). Wird zeitgleich die vermeintlich im Gesellschaftsinteresse erfolgende Unterstützung einer Arbeitnehmervereinigung als Untreue angeklagt, drängt sich die Frage geradezu auf, wie die Verringerung des Gesellschaftsvermögens durch solche Akte der Marketingkommunikation strafrechtlich zu bewerten ist. Umgekehrt ist schon allein die Frage danach aber auch ein Symptom für die gegenwärtige Tendenz der zunehmenden Kontrolle des wirtschaftlichen Handelns von Gesellschaftsorganen, welche – außerhalb klarer Missbräuche – vor einigen Jahren wohl noch kaum denkbar war. Schon diese kurzen Andeutungen machen deutlich, dass das Thema „Untreue durch Marketingkommunikation“ umfassend in die gegenwärtige gesellschafts- und untreuerechtliche Diskussion eingebettet sein will. So ist auch nicht erstaunlich, dass *Nuß* zu diesem Thema ein derart voluminöses Werk vorlegt. Dieses ist – zwischen der Einführung und einem Fazit – in drei große Blöcke untergliedert, von denen der erste das Phänomen der Marketingkommunikation (überwiegend aus betriebswirtschaftlicher

Sicht), der zweite die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen und der dritte die Konsequenzen daraus für die Untreue behandelt.

Im der Einführung folgenden Abschnitt 2 über die Marketingkommunikation (S. 13 ff.), in der – soweit dies für die Rezensenten zu beurteilen ist – ansprechend tief in die betriebswirtschaftliche Literatur eingetaucht wird, differenziert *Nuß* zwischen Fällen der unmittelbaren Vermarktung (S. 14 ff.) und der Marketingkommunikation mit Non-Profit-Aufwand (S. 79 ff.). Zur ersten Gruppe zählen etwa Instrumente wie Werbung, PR, Messen oder Event-Marketing, welche *Nuß* für aus wirtschaftlicher Sicht unverzichtbar erachtet. Zur zweiten Gruppe zählt er die Förderung von Sport, Kultur, sozialem Engagement oder Umweltbelangen, aber auch etwa das Errichten von Stiftungen. Gerade im Bereich des Non-Profit-Aufwandes ist unmittelbar einleuchtend, dass dieser eine gesellschaftlich wichtige Funktion hat. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der wirtschaftliche Zweck durchaus fraglich bleibt (S. 169 ff.), und auch Modelle bzw. Schlagworte wie diejenigen der „corporate citizenship“ oder der „Verantwortung für das Gemeinwesen“ bilden letztlich nur die intuitiv positive Bewertung sprachlich ab, ohne als solches deutlich zu machen, welchen Vermögensvorteil die jeweilige Gesellschaft davon hat. Würde man diese Frage aber vernachlässigen, so würde eine differenzierende Anwendung des § 266 StGB dazu führen, dass dieser *contra legem* von einem Vermögens- zu einem Moralschutztatbestand mutiert. *Nuß* erliegt dieser Versuchung freilich nicht, sondern begründet – wiederum aufbauend auf betriebswirtschaftlichen Überlegungen – die positiven Auswirkungen solcher Maßnahmen für den „Markt der Wahrnehmung“ (S. 183) bzw. das Unternehmensimage (S. 185). Dabei soll die Frage, welchen schadenskompensierenden Wert derartige Imagegewinne haben, immer im Einzelfall zu entscheiden sein (S. 188).

Im folgenden Abschnitt über die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen wird zunächst ausführlichst auf die AG (S. 191 ff.) sowie dann nur relativ knapp (und daher hier aus Platzgründen nicht näher nachgezeichnet) auf die GmbH (S. 443 ff.) und die Personengesellschaften (S. 455 ff.) eingegangen. Dabei stellt *Nuß* die inneren Strukturen der AG dar und geht insbesondere auf die Organkompetenzen ein. Beim Vorstand der AG geht es insbesondere um dessen Leitungsbefugnis und -ermessen (S. 206 ff.), das *Nuß* für verschiedene Fälle anhand unterschiedlicher Kriterien (nicht zuletzt der Business Judgment Rule, S. 281 ff.) konkretisiert. Darauf aufbauend entwickelt er Kriterien für einen pflichtgemäßen Einsatz der Marketinginstrumente, und zwar sowohl für den Bereich unmittelbar vermarktender Maßnahmen (S. 300 ff., wobei insbesondere Analysen und Erfolgskontrollen im Mittel-

punkt stehen) als auch für den Non-Profit-Bereich (S. 368 ff.). Die hier entwickelten Kriterien werden dann mit den Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur abgeglichen. Dabei wird deutlich, dass das insbesondere in die Mannesmann-Entscheidung des BGH möglicherweise hineinzu lesende „allgemeine Schädigungsverbot“ als Pflichtmaßstab im Non-Profit-Bereich zu Problemen führt.

Im zusammenführenden strafrechtlichen Abschnitt bildet die „SSV-Reutlingen-Entscheidung“ samt ihrer Aufnahme in der Literatur den Ausgangspunkt (S. 466 ff.) und wird in den Kontext verschiedener anderer Urteile zur Untreue gestellt (S. 474 ff.). Wem die Reihe der dort behandelten Urteile etwas zu kurz vorkommt, muss sich vergegenwärtigen, dass die Arbeit im Wintersemester 2005/2006 als Dissertation angenommen worden ist und dass so manches, was mittlerweile zum festen Stand der Untreuediskussion gehört, tatsächlich noch recht jungen Datums ist. Im Anschluss entwickelt *Nuß* seinen eigenen Lösungsansatz (S. 454 ff., der hier nicht im Detail nachgezeichnet werden kann), in dem er die verschiedenen Merkmale des Untreuetatbestandes der Reihe nach behandelt und auf ihre Relevanz für das Problem überprüft. Diese von ihm erarbeiteten Grundsätze werden in einem kurzen Abschnitt (S. 635 ff.) auf die Frage der Marketingkommunikation angewandt. Dabei wird in den Kernaussagen, dass sowohl eigene Besorgung solcher Kommunikation als auch die Beauftragung Externer grundsätzlich möglich ist, aber kontrolliert werden muss, und dass auch florierende Aktiengesellschaften nicht ohne weiteres großzügiger mit dem Geld umgehen dürfen, aber auch Aktiengesellschaften in der Krise nicht auf jegliche Werbung verzichten müssen, deutlich, wie konzentriert die mehr als 600 vorangehenden Seiten „eingedampft“ werden.

Eine vergleichsweise handhabbare Zusammenstellung der wichtigsten Ergebnisse findet sich in den abschließenden Thesen der Arbeit (S. 651 ff.). Wenn dort die Rede davon ist, dass eine Untreue vorliegt, wenn die Zuwendung nicht wenigstens „auch“ im Gesellschaftsinteresse getätigt worden ist (S. 654), dass bei den Fällen der Marketingkommunikation nur „ausnahmsweise“ eine Untreue vorliegen wird (S. 656) und dass die Gerichte sich auf den Gedanken des *judicial self restraint* besinnen sollten (S. 657), so wird deutlich, dass derartige Maßnahmen letztlich nur schwer durch § 266 StGB erfasst werden dürften. Das ist als solches nichts Negatives – nimmt man den Charakter der Untreue als Vermögensdelikt indes ernst, wird man aber konsequenterweise auch in anderen Bereichen darüber nachdenken müssen, ob die punitive Tendenz der jüngeren Rechtsprechung nicht etwas zurückzustutzen ist.

b) *Strafrechtliche Verantwortung des Aufsichtsrates*

Zech, Susanne: Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft. Frankfurt a.M./Berlin u. a.: Peter Lang 2007, 314 S. Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 4532.

Neben dem das operative Geschäft durchführenden Vorstand ist auch der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft aufgrund seiner Organstellung und der daraus erwachsenden – zumindest grundsätzlich unzweifelhaft vorhandenen – Vermögensbetreuungspflicht ein denkbarer Adressat des Untreuetatbestandes. Dabei geht es freilich seltener um eigenständige (aktive) Handlungen, sondern der Funktion des Aufsichtsrats entsprechend eher um Aufsichtsverletzungen oder andere Unterlassungen. Eine zentrale Aufgabe freilich, bei welcher der Aufsichtsrat selbst aktiv wird, ist die Festsetzung der Vorstandsvergütung. Diese war nicht nur Gegenstand der zentralen Leitentscheidung zur Aufsichtsratsuntreue im Fall Mannesmann (vgl. dazu bereits das in ZStW 119 [2007], S. 405 ff. besprochene Werk von *Dittrich*), sondern steht auch im Mittelpunkt der Untersuchung von *Zech*.

Nach einem knappen „Vorspann“ (in dem u. a. etwas unmotiviert prozesuale Besonderheiten der Verfahrensgeschichte im Fall Mannesmann referiert werden) und einer Darstellung der historischen Entwicklung der Rechtslage (u. a. Abschaffung von § 294 AktG a.F., S. 28 ff.) wird im ersten großen Teil der Arbeit (S. 43 ff.) die Problematik einer möglichen Untreuestrafbarkeit des Aufsichtsrats in allgemeiner Form beschrieben. Dabei werden überwiegend satzungsbekannte Voraussetzungen der einzelnen Tatbestandsmerkmale eher referierend und teilweise auch sehr knapp (so zum subjektiven Tatbestand auf S. 113–115) ebenso erläutert wie die Probleme, die sich aus der Gremieneigenschaft des Aufsichtsrates ergeben (Kausalität bei Gremienentscheidungen, S. 69 ff.). Erwähnenswert sind in diesem Teil die Ausführungen zu dem noch weniger breit getretenen Problem der Auswirkung einer etwaigen Zustimmung der Hauptversammlung (S. 100 ff.). Hierzu zeichnet *Zech* den schon ausführlicher diskutierten Meinungsstand zur GmbH nach und untersucht die Möglichkeit der Übertragbarkeit auf die AG. Im Ergebnis lehnt sie dabei eine tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Wirkung einer (auch vorherigen) Zustimmung ab. Dies wird abweichend von anderen Stimmen in der Literatur nicht mit einer stärkeren Kapitalbindung in der Aktiengesellschaft gegenüber der (nur mit Blick auf das Grundkapital geschützten) GmbH begründet, sondern mit der Tatsache, dass die Hauptversammlung aktienrechtlich nicht das zuständige Beschlussorgan ist. Im Ergebnis mag dies ver-

tretbar sein; die Begründung erscheint jedoch zweifelhaft, wenn zugleich postuliert wird, dass auch der Vorstand nicht mit strafbefreiender Wirkung zustimmen kann (S. 111 f.). Dann stellt sich nämlich tatsächlich die Frage, zu wessen Schutz ein Verbot bestehen soll, wenn Objekt des Schutzes nicht das Aktionärsvermögen ist und letztlich auch die juristische Person nicht im Mittelpunkt stehen soll.

Im zweiten großen Teil behandelt *Zech* dann speziell das Problem der Gewährung von nachträglichen Anerkennungsprämien. Dabei geht sie – möglicherweise durch die Entstehungsgeschichte der Arbeit bedingt – weniger stark nach Sachgesichtspunkten geordnet und analytisch als vielmehr chronologisch vor und beschreibt die Behandlung der einschlägigen Probleme in der Ausgangsentscheidung des LG Düsseldorf, in der daraufhin ergangenen Literatur, in der Revisionsentscheidung des BGH sowie schließlich in der diese Entscheidung kommentierenden Literatur. Keinesfalls immer, aber doch an einzelnen Stellen wirkt die Darstellung dabei selbst dann stark referierend (deutlich etwa S. 143 und 206), wenn man berücksichtigt, dass eine eigene Stellungnahme den Abschnitt abschließt. Aus dieser ist insbesondere *Zechs* Auffassung hervorzuheben, dass abweichend von der Ansicht des BGH (aber durchaus mit Vorbildern insbesondere in der gesellschaftsrechtlichen Literatur) im konkreten Fall keine Unangemessenheit der Vorstandsvergütung vorgelegen haben soll, da auch nachträgliche Anerkennungsprämien grundsätzlich möglich seien, wenn diese insgesamt „angemessen“ erscheinen, auch ohne dass eine entsprechende Anreizwirkung vorliegt. Überspitzt ausgedrückt: Solange dies zu den (auch vergangenen) Leistungen und Aufgaben des Vorstandes nicht außer Verhältnis steht, sind auch „Geschenke“ an den Vorstand erlaubt. Richtig daran ist gewiss, dass das allgemeine „Schadigungsverbot“ nicht ohne weiteres zur Bejahung einer Pflichtverletzung herangezogen werden darf, wenn die Tatbestandsmerkmale „Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht“ und „Vermögensnachteil“ nicht an eigenständiger Bedeutung verlieren sollen; fraglich ist jedoch, ob nicht im Falle einer von vornherein ersichtlichen Schädigung durch das „Verteilen von Geschenken aus dem Aktionärsvermögen“ etwas anderes gelten muss.

In den nachfolgenden Teilen B bis O (S. 235 ff.) findet sich ein Sammelurium weiterer Verhaltensweisen des Aufsichtsrates, die potentiell untreuerelevant sein könnten. Dies reicht von (vergleichsweise ausführlich behandelten) Personalentscheidungen über die Ausübung oder Nichtausübung einer Zustimmung, Kreditgewährungen an den Vorstand und unterlassenen Schadensersatzklagen bis hin zu verschiedenen Formen von Rechtsgeschäften mit der Gesellschaft, der Aneignung von Gesellschaftsvermögen, Insidergeschäf-

ten und dem Aufruf zum Streik. Das spezifische Strafbarkeitsrisiko wegen Untreue wird dabei von der *Verfasserin* für den überwiegenden Teil dieser Verhaltensweisen als gering eingestuft, da etwaige Pflichtverletzungen oft nicht organspezifischer Natur sind.

Schilha, Ralph: Die Aufsichtsrats Tätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung. Berlin: Duncker & Humblot 2008, 451 S. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 202.

Einen gegenüber dem Werk von *Zech* weiteren Fokus nimmt *Schilha* ein, der die Aufsichtsrats Tätigkeit insgesamt betrachtet. Insoweit ist es nicht erstaunlich, dass es sich bei *Schilhas* Buch um ein umfangreiches Werk handelt, welches auch aufgrund seiner imposanten Literaturverarbeitung zu beeindrucken vermag. Überhaupt kann schon an dieser Stelle hervorgehoben werden, dass *Schilha* eine sehr ansprechende Untersuchung gelungen ist, bei der wissenschaftliche Gründlichkeit und Pragmatik im Problemzugriff bei zugleich guter Lesbarkeit in einem ausgewogenen Verhältnis stehen.

Anlass für seine Untersuchung bieten *Schilha* die in den Medien zu verfolgenden „kriminellen Entgleisungen deutscher Manager“ (S. 29), wobei er sich nicht auf die Entgleisungen des Exekutivorgans beschränkt, sondern (mit *Juvenal*: „*Quis custodiet ipsos custodes?*“) nach der Verantwortung des Aufsichtsorgans fragt. Die Funktion, die *Schilha* dabei aufgrund der „kaum überwindbaren Effizienzprobleme“ der aktienrechtlichen Kontrollmechanismen (S. 31) dem Strafrecht zu Recht zuweist, hat etwas von der Rolle eines Lückenbüßers (was durchaus nicht identisch mit der Ultima-Ratio-Funktion ist). Trotz dieser insoweit gewissermaßen „gesellschaftsverfassungsprägenden“ Rolle des Strafrechts betont *Schilha* aber umgekehrt gleich im Anschluss auch die „strafrechtsgestaltende Kraft des Gesellschaftsrechts“ (S. 37 ff.), wenn er nach dem Verhältnis zwischen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und (akzessorischem?) Strafrecht fragt und das Überwachungssystem des Aufsichtsrats nach den Kriterien des Überwachungsgegenstandes, den Überwachungsmaßstäben, der Überwachungsdurchführung und den Kompetenzen überprüft (S. 42 ff.). Darauf aufbauend ist die weitere Untersuchung in vier Teile untergliedert, welche einzelne strafrechtliche Probleme in den Mittelpunkt rücken: Die Unterlassungsstrafbarkeit des Aufsichtsrats, die Organtreue, die faktische Unternehmensleitung und das Problem der Kollegialentscheidung.

Zu den „Möglichkeiten einer Unterlassungsstrafbarkeit“ der Aufsichtsratsmitglieder (S. 105 ff.) skizziert *Schilha* zunächst die dogmatischen

Grundlagen einer solchen Unterlassungsstrafbarkeit bzw. der dafür erforderlichen Garantenposition und führt diese letztlich auf gegenständliche und personale Gefahrenquellen zurück. Darauf aufbauend sieht er hinsichtlich der Rechtsgüter Dritter zwar keine Beschützergarantenstellung des Aufsichtsrats (S. 125 ff.), hält aber im Fall vorangehender pflichtwidriger Zustimmungen zum Vorstandshandeln eine Garantenpflicht aus Ingerenz (ggf. auch für den Amtsnachfolger) für möglich (S. 132 ff.) und bejaht eine Verantwortung des Aufsichtsrats für das Vorstandshandeln (S. 149 ff.) aufgrund der normativen Herrschaft des Aufsichtsrats und seiner Überwachungsfunktion (S. 168 ff.), dies freilich nur im Rahmen seiner internen Weisungsbefugnis (S. 182 ff.). Die Inhalte der Aufsichtsgarantenpflicht werden dabei noch näher beschrieben (S. 186 ff.). Wenig überraschend sollen die Garantenpflichten für die Rechtsgüter der Gesellschaft selbst noch weiter reichen, da hier nicht nur die gleichen Ingerenz- und Überwachergarantenpositionen in Betracht kommen, sondern auch eine Beschützergarantenstellung für das Gesellschaftsvermögen. Hinsichtlich der Beteiligungsform geht *Schilha* davon aus, dass es sich bei den Aufsichtsratsmitgliedern regelmäßig um Täter durch Unterlassen handelt (S. 202 ff., ggf. auch eines Fahrlässigkeitsdelikts, S. 209 f.); im Einzelfall sei auch eine Teilnahme nicht ausgeschlossen.

Im folgenden Kapitel über die Organuntreue (S. 202 ff.) kommt *Schilha* nach einer (in dieser Länge nicht unbedingt erforderlichen) abstrakten Einführung und allgemeinen Maßgaben für die Vermögensfürsorge des Aufsichtsrats zu den einzelnen Vermögensfürsorgepflichten (S. 247 ff.), die er in formelle und materielle Pflichten untergliedert. Auch die allgemeine Frage, wann diese Pflichten in strafrechtlich relevanter Weise verletzt werden, wird ausführlich diskutiert, u. a. mit den Stichworten der Business Judgment Rule, der „gravierenden“ aktienrechtlichen Pflichtwidrigkeit und der Wirkung eines Einverständnisses (S. 265 ff.). Als praktisch relevante Fallkonstellationen einer Untreuestrafbarkeit wird zunächst die Vorstandsvergütung nach § 87 Abs. 1 AktG behandelt, einmündend in die gleichsam unvermeidliche Fallstudie „Mannesmann“ (S. 297 ff.), bevor einzelne weitere Normen (§ 111 Abs. 1, §§ 116, 93 Abs. 1 AktG) dargestellt werden (S. 333 ff.).

Im Anschluss untersucht *Schilha* die Konsequenzen einer faktischen Gesellschaftsleitung durch den Aufsichtsrat (S. 349 ff.), für welche er zwar grundsätzlich auch das Bedürfnis nach einer strafrechtlichen Kontrolle postuliert, diese jedoch mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz nur in engen Grenzen anerkennen möchte. Der letzte Abschnitt ist dem Gesichtspunkt der Kollegialität aufsichtsratlicher Entscheidungen gewidmet (S. 362 ff.). Dazu beschreibt *Schilha* zunächst die verschiedenen denkbaren Entscheidungskon-

stellationen (Plenum, Ausschuss, Einzelentscheidung) und widmet sich dann näher dem Problem der Pflichtwidrigkeit und der Kausalität bei Gremienentscheidungen.

Zum Inhalt der drei letztgenannten Abschnitte (Organuntreue unter besonderer Berücksichtigung der Vergütungsfestsetzung; faktisches Organ; Kollegialentscheidungen) hat man in verschiedenen speziellen Monographien naturgemäß schon ausführlichere Überlegungen gelesen – in ihrer sprachlich klaren und inhaltlich überzeugenden Behandlung runden sie aber das lesenswerte Werk zum gesamten Spektrum strafrechtlicher Risiken der Aufsichtsrats-tätigkeit in gelungener Weise ab.

c) *Strafrechtliche Verantwortung faktischer Organe*

Büning, Marc: Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH. Münster: LIT 2004, XVIII, 259 S. Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 10; *Groß, Bernd*: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften. Berlin: Duncker & Humblot 2007, 291 S. Schriften zum Strafrecht, Heft 182.

Diverse Straftatbestände knüpfen z. T. explizit (so etwa die Insolvenzantragsverschleppungsdelikte), teils der Sache nach (so etwa die Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen des § 266 StGB) an die Stellung als Organ einer juristischen Person an. Für den Bereich des Strafgesetzbuchs findet sich dabei für bestimmte Delikte, bei denen eine bestimmte Eigenschaft der juristischen Person dem Organ zugerechnet werden soll, in § 14 StGB eine Regelung. Deren Abs. 1 erfasst bestimmte Organe, ihr Abs. 2 bestimmte Beauftragte sowie ihr Abs. 3 „fehlerhaft bestellte Organe“, d. h. solche Organe, bei denen es zu einem Bestellungsakt gekommen ist, der jedoch unwirksam ist. Nicht geregelt ist dagegen die faktische Stellung als Organ ohne einen entsprechenden Bestellungsakt.

Mit der strafrechtlichen Verantwortung faktischer Organe in den Strafvorschriften verschiedener Gesetze befassen sich im Berichtszeitraum zwei Arbeiten: Die insoweit speziellere Dissertation von *Büning* behandelt den faktischen Geschäftsführer einer GmbH, der zugleich gewiss der wichtigste Fall eines faktischen Organs ist, da bei großen Publikums-AGs eine faktische Organstellung weniger leicht denkbar ist. Die allgemeiner gefasste und trotz eines Fertigstellungszeitpunktes, zu dem die Arbeit von *Büning* schon erschienen gewesen sein dürfte, diese leider nicht berücksichtigende Disserta-

tion von *Groß* rückt dagegen die faktischen Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften allgemein in das Blickfeld.

Der Zugang zur Problematik ist unterschiedlich, was sich (ungeachtet selbstverständlich vorfindbarer paralleler Passagen, etwa in der Rechtsprechungsanalyse bei *Groß*, S. 42 ff. und *Büning*, S. 144 ff.) bereits auf der ersten Gliederungsebene auswirkt: *Groß* kommt stärker von generell dogmatischen und methodischen Überlegungen her, die dann auf den Einzelfall übertragen werden. Nach einer einleitenden Darstellung des Hintergrundes faktischer Geschäftsführung erörtert er die existierenden Begründungsansätze, beurteilt die Argumente, bemüht sich um eine begriffliche Präzisierung und überträgt diese erst im letzten Teil der Arbeit (S. 156 ff.) auf drei Anwendungsperspektiven (die in Betracht kommenden Normen, S. 156 ff.; die denkbaren Personenkreise, S. 168 ff.; die Strohmannproblematik, S. 173 ff.). *Büning* dagegen baut seine Arbeit stärker von der Phänomenologie her auf und integriert die dogmatische Diskussion entsprechend eher in die Lösung einzelner Fallgruppen: Nach einer knappen Einführung und einer kurzen Begriffsklärung untersucht er zunächst die Verantwortlichkeit nach „allgemeinen Strafvorschriften“ (S. 17 ff.), d. h. insbesondere nach solchen des StGB, und im Anschluss daran dann die Verantwortlichkeit nach „handels- und gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführerstraftatbeständen“ (S. 103 ff.).

In der Sache sieht *Groß* das Hauptproblem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane im Analogieverbot (S. 73 ff.), wobei hinsichtlich seiner Darstellung verschiedener „Ansätze“ zum Analogieverbot fraglich ist, ob der von ihm so identifizierte „Ansatz“ des BGH (etwa in der bekannten Entscheidung zum Forstdiebstahl) tatsächlich ein methodisch-reflektiert „abweichender“ ist oder in konkreten Einzelfällen schlicht eine Gehorsamsverweigerung gegenüber dem Gesetzgeber darstellt. Allerdings dürfte der Unterschied zwischen den einzelnen von *Groß* herausgestellten Ansätzen letztlich nicht so groß sein, wenn man sich klar macht, dass die Bestimmung der „Wortlautgrenze“ im Einzelfall einen erheblichen Begründungsaufwand voraussetzt, in den gerade auch die neuere Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG nicht allein die grammatische Auslegung, sondern ergänzend auch andere Auslegungsargumente mit einbezieht. Auf der Grundlage seiner Sicht der Dinge bzw. konkurrierender Ansätze entscheidet sich *Groß* dann für ein enges Verständnis des Analogieverbotes (S. 82 ff.) sowie für den Bereich des StGB für eine Sperrwirkung des § 14 Abs. 3 StGB hinsichtlich der Anerkennung faktischer (eben nicht nur fehlerhafter) Organe (S. 87 ff.). Dabei ist freilich zu betonen, dass die Beschränkung der Sperrwirkung des § 14 Abs. 3 StGB auf die Strafvorschriften

nach dem StGB nicht darauf beruht, dass die Norm etwa nur dort Geltung beanspruchen würde (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 EGStGB!), sondern dass zahlreiche außerstrafgesetzzliche Sonderstraftatbestände die Organe eben unmittelbar ansprechen und keinen Zurechnungsakt nach § 14 StGB voraussetzen. Im Anschluss bewertet *Groß* die existenten Ansätze (S. 91 ff.), um dann auf S. 114 ff. seinen eigenen Ansatz zu entwickeln. Kernthese ist dabei, der Begriff des „Geschäftsführers“ sei – sowohl im allgemeinen Zivilrecht (vgl. §§ 670 ff. BGB) als auch im allgemeinen Sprachgebrauch – weit zu verstehen und daher nicht auf den formell bestellten Geschäftsführer nach § 6 Abs. 3 GmbHG beschränkt. Diese Argumentation offenbart – unabhängig davon, wie man zu den Ergebnissen steht – in ihrem Ansatz die Schwäche des methodischen Ausgangspunktes von *Groß*, der offenbar Analogieverbot und Wortlautgrenze allein über einen allgemeinen Sprachgebrauch bestimmen möchte, welcher dann dazu führt, dass ein Begriff, der in unterschiedlichen Kontexten und Bedeutungen in verschiedenen Gesetzen auftritt, schon immer dann in einer Art. 103 Abs. 2 GG genügenden Weise verwendet werden soll, wenn irgendeine in einem Gesetz oder im allgemeinen Sprachgebrauch existierende Verwendungsvariante dieser Zeichenkette einschlägig sein kann. Das scheinbar enge Verständnis des Art. 103 Abs. 2 GG mutiert auf diese Weise aufgrund des nicht abgeschlossenen und nicht normativen Charakters natürlicher Sprache zu einem Einfallstor für willkürliche Grenzziehungen.

Während der Begriff des Vorstandes mangels alternativer Verwendungen dieses Begriffs in anderen Zusammenhängen als dem Aktiengesetz (S. 122 f.) nur in einem eng formalen, nicht auch in einem faktischen Sinn verstanden werden könne, könnte der Geschäftsführerbegriff (außerhalb der Sperrwirkung des § 14 Abs. 3 StGB, vgl. oben) auch auf nur faktische Geschäftsführer angewendet werden. Entscheidend sei dabei im Rahmen einer Einzelfallentscheidung, ob das Verhalten sich als „Geschäftsführung“ i.S. eines weiten natürlichen Sprachgebrauchs verstehen lasse, wofür *Groß* in der Folge verschiedene objektive Abwägungsmerkmale diskutiert (vgl. S. 154 – was bei einer solchen Einzelabwägung von einem ursprünglich „eng“ verstandenen Analogieverbot übrig bleiben soll, ist durchaus fraglich). Unter diesen Indizien für eine faktische Geschäftsführung sei statt des Merkmals der „Dauer“ insbesondere diejenige der „Wesentlichkeit“ wichtig. Als Ergebnisse seiner Abwägung sind zwei wichtige Fallgruppen erwähnenswert: Zum einen soll aufgrund der Sperrwirkung des § 14 Abs. 3 StGB bei § 266a StGB dem faktischen Geschäftsführer keine Arbeitgeberbereignschaft zugerechnet werden können (während *Groß* für einen Weg über § 14 Abs. 2 StGB im Einzelfall

offen ist), während im Rahmen der Insolvenzverschleppung (in deren Darstellung in nicht immer klarer Weise die alte Terminologie des „Konkurses“ mit derjenigen der Insolvenz vermischt wird) ein faktischer Geschäftsführer u. U. nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG (a.F., vgl. jetzt § 15a Abs. 4 InsO) strafbar sein soll.

Die oben bereits angesprochene stärker von Einzelbeispielen und der Phänomenologie herkommende Darstellung *Bünings* macht es schwerer, „allgemeine Lehren“ seines Werkes herauszuarbeiten. Grob skizziert bestehen diese wohl darin, dass bei Allgemeindelikten eine Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers vorstellbar ist, da hier auch der wirksam bestellte Geschäftsführer einer GmbH „nicht deswegen zu bestrafen (ist), weil er formal zum Geschäftsführer bestellt worden ist, sondern weil er tatsächlich die Geschäftsführerfunktion ausübt“ (S. 20). Für die Untreue zum Nachteil der GmbH, welche aufgrund der erforderlichen Vermögensbetreuungstellung kein Allgemeindelikt in diesem Sinne ist, schließt *Bünning* den Missbrauchstatbestand aus, da der bloß faktische Gesellschafter nicht formal wirksam über fremdes Vermögen verfügen könne; auch der Treuebruchtatbestand soll ausscheiden, soweit die Stellung als faktischer Geschäftsführer einseitig usurpiert worden ist; würde ihm dagegen die notwendige Treueposition aufgrund einer zumindest konkludenten Einwilligung von den Gesellschaftern übertragen, ist der faktische Geschäftsführer Normadressat der Treuebruchsuntreue. Soweit die Zurechnung einer Eigenschaft der GmbH erforderlich ist, leitet *Bünning* ebenso wie *Groß* aus § 14 Abs. 3 StGB eine Sperrwirkung ab. Des Weiteren lehnt *Bünning* im Einzelnen eine generelle Strafbarkeit des faktischen Gesellschafters beim Gründungsschwindel (§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG a.F.) ab und lässt eine solche nur zu, wenn der Geschäftsführer bereits vor Gründung der Vor-GmbH bestellt worden ist. Dagegen soll der ordnungsgemäß bestellte Gesellschafter einer „nichtigen“ GmbH bis zu ihrer Auflösung Normadressat der Geschäftsführerstraftatbestände sein, und auch fehlerhaft bestellte Organe sollen entsprechend den Wertungen des § 14 Abs. 3 StGB im Rahmen der §§ 82 ff. GmbHG a.F. als taugliche Täter in Betracht kommen. Soweit es dagegen um die Strafbarkeit ohne formellen (und sei es auch fehlerhaften) Beststellungsakt geht, seien die in Literatur und Rechtsprechung herangezogenen Gründe für eine Strafbarkeit nicht tragfähig (S. 216 ff.) und insbesondere mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG erheblichen Einwänden ausgesetzt, die auch durch § 14 Abs. 2 StGB nicht ausgeräumt werden könnten (vgl. zusammenfassend nochmals S. 245 ff.).

Beide Werke behandeln eine Reihe bekannter – teilweise (insbesondere bei *Bünning*) auch weniger bekannter, aber deswegen nicht weniger interessanter –

Streitfragen. Realistischerweise ist wohl nicht zu erwarten, dass die grundsätzlich kritische Haltung beider Verfasser mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG die bestehende Rechtsprechungspraxis maßgeblich beeinflussen wird; „redlicherweise“ müsste sich die Praxis jedoch mit den hier noch einmal aufbereiteten und z. T. vertieften Argumenten auseinandersetzen. Insoweit sind die beiden dezidiert rechtsstaatlichen Stellungnahmen durchaus begrüßenswerte Gegengewichte zu einer insoweit teilweise eingefahrenen Praxis. Für die wissenschaftliche Auseinandersetzung sind beide Bücher gute Nachschlagewerke zur Problematik, wobei diese in *Bünings* vielfach an den verschiedenen Konstellationen gegliederten Arbeit klarer wird, während *Groß* die methodisch-dogmatische Diskussion vertieft (allerdings – wie oben dargestellt – gerade in dieser aufgrund eines unterkomplexen Verständnisses von Wortlautgrenze und Gesetzesbindung auch anfällig ist).

d) Strafrechtliche Probleme der Ein-Mann-GmbH

Hanft, Christian: Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Ein-Mann-GmbH. Für und Wider eines Schutzes zivilrechtlich formalisierter Rechtspositionen durch das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos 2006, 234 S. Studien zum Strafrecht, Band 3.

Der Untertitel der von *Satzger* betreuten Promotion bringt das Kernproblem des Themas auf einen Nenner: Sollen rein formalisierte Rechtspositionen – d. h. im vorliegenden Zusammenhang körperschaftliche Positionen, obwohl hinter der Körperschaft gerade keine Personenmehrheit, sondern nur eine Person steht – strafrechtlichen Schutz genießen und inwieweit ist stattdessen nicht vielmehr eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ angebracht, wie sie auch sonst im Wirtschaftsstrafrecht in verschiedenen Zusammenhängen diskutiert wird? Der so hergestellte Bezug zur allgemeinen Frage der wirtschaftlichen Betrachtungsweise führt auch gleich auf das zentrale Spannungsverhältnis, das zwischen einer rechtsgüterorientiert-teleologischen Anwendung des Gesetzes einerseits und der formale Rechtspositionen tendenziell betonenden Garantie des Art. 103 Abs. 2 GG andererseits besteht.

Die Arbeit ist in sechs Kapitel gegliedert, von denen der Schwerpunkt auf den ersten beiden liegt, welche zusammen rund zwei Drittel des Gesamttextes ausmachen. Das erste Kapitel (S. 19 ff.) ist dabei den Grundlagen der Einmann-GmbH gewidmet, in denen statistisch-kriminologische Daten (S. 19 ff.), zivilrechtliche Rahmenbedingungen (S. 22 ff.) sowie auch Überlegungen zur Kriminogenität der Einmann-GmbH (S. 40 ff.) eine Rolle spielen.

Für den wichtigen Bereich des typischen GmbH-Strafrechts ist dabei zu beachten, dass die Arbeit noch vor Inkrafttreten des MoMiG verfasst wurde, wobei insbesondere die Pönalisierung der Insolvenzantragsverschleppung durch § 15a InsO gegenüber der früheren Regelungen im GmbHG sachlich keinen Unterschied macht. Zur Kriminologie interessant ist der Gedanke des Verfassers, dass zwar aus den zur Verfügung stehenden Statistiken nicht klar wird, welcher Anteil der statistisch erfassten „GmbH-Kriminalität“ sich in Einmann-GmbHs abspielt, dass aber die Hypothese durchaus nahe liegt, dass die typischen kriminogenen Motive bei dieser Unterform der GmbH eher über- als unterdurchschnittlich repräsentiert sind (S. 43 f.).

Der bei weitem größte zweite Teil der Arbeit (S. 46 ff.) betrifft das Innenverhältnis, d. h. die Strafbarkeit des Alleingesellschafters für eine Eigentums- und Vermögensschädigung der GmbH. Dabei befasst sich *Hanft* sowohl mit der Bestimmung der (formalen) Fremdheit von Gegenständen, die im Eigentum der GmbH stehen, für den Einmann-Gesellschafter sowie mit der Auswirkung eines Einverständnisses dieses Gesellschafters mit der Entziehung von GmbH-Vermögen. Beide Fragen werden sowohl mittels einer Analyse der Rechtsprechung als auch in Auseinandersetzung mit der Literatur kritisch erörtert. Für die Fremdheit bezieht *Hanft* tendenziell einen formalen Standpunkt, der sich gegen die Ablösung der strafrechtlichen Bewertung vom Zivilrecht ausspricht (S. 70 ff.), wobei sein Hauptargument darin besteht, dass eine stärker wirtschaftlich ausgerichtete Betrachtung auch strafbarkeitsbegründend wirken könnte, was mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG unakzeptabel sei. Hinsichtlich der Frage der Einwilligung, für die bekanntlich generell eine Grenze jedenfalls dort bestehen soll, wo das Stammkapital nach § 30 Abs. 1 GmbHG angegriffen wird, nimmt *Hanft* – auch unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Überlegungen (S. 94 ff.) – dahingehend Stellung, dass eine Strafbarkeit jedenfalls nicht über die zivilrechtlichen Verbote hinaus statuiert werden könne. Für eine genauere Begründung seines eigenen Lösungsansatzes im Detail arbeitet er die bei einer Vermögensbeziehung potentiell betroffenen Interessen der GmbH selbst, der Gesellschafter, der Gläubiger, der Arbeitnehmer sowie der Allgemeinheit heraus (S. 100 ff.) und sieht im Ergebnis eine Korrespondenz zwischen diesen im Grundsatz durchaus schützenswerten Interessen mit § 266 StGB nur beim Vermögen der Gesellschafter, für die dann aber zwanglos eine Einwilligung möglich ist (S. 123 ff.). Nicht einschlägig sei § 266 StGB für den Schutz von Gläubigerinteressen, wofür *Hanft* neben den aus der bisherigen Diskussion bereits bekannten Argumenten vor allem einen interessanten Vergleich mit anderen Fällen von Haftungsbeeinträchtigungen heranzieht, bei denen eine strafrechtliche

Verantwortlichkeit über die Grenzen der §§ 283 ff., 288 StGB nicht diskutiert wird.

Deutlich knapper gehalten sind die Kapitel 3 bis 6: Im dritten Kapitel (S. 146 ff.) behandelt *Hanft* Zugriffsbeschränkungen für den Alleingesellschafter mit Blick auf andere Rechtsgüter als Eigentum und Vermögen und sieht hier kein Schutzbedürfnis; rein praktisch wird dieses Ergebnis beim Geheimnisverrat nach § 85 GmbHG jedenfalls dadurch erreicht, dass es sich um ein absolutes Antragsdelikt handelt. Im vierten Kapitel (S. 156 ff.) befasst sich *Hanft* mit dem Innenverhältnis und behandelt dabei drei Problemkreise: Zunächst spricht er sich stark dagegen aus, den (von ihm ohnehin abgelehnten, aber von der Rechtsprechung befürworteten) strafrechtlichen Schutz des Stammvermögens auch in den Bereich der Vor-GmbH auszudehnen (S. 156 ff. in kritischer Auseinandersetzung mit der Arbeit von *Hentschke*, vgl. dazu bereits ZStW 199 [2007], S. 410 ff.). Des Weiteren lehnt es *Hanft* ab, im Alleingesellschafter einen tauglichen Täter der passiven Angestelltenbestechung (§ 299 Abs. 1 StGB) zu sehen, da dieser nur sich selbst gegenüber verantwortlich sei. Schließlich soll die Vertretung einer Einmann-GmbH durch den Alleingesellschafter keinen möglichen Anwendungsbereich des Parteiverrats (§ 356 StGB) begründen, da dies für den Gesellschafter eine eigene Rechtssache sei (S. 166 ff.). Hinsichtlich der denkbaren Probleme im Zusammenhang mit Straftaten zu Lasten Dritter, die „mittels der GmbH“ begangen werden (S. 170 ff.), ist die Frage nach einer Selbstzueignung bei der Absicht, die GmbH zu unterstützen – wie von *Hanft* selbst erkannt – seit dem 6. Strafrechtsreformgesetz weitgehend obsolet und wird deswegen auch nur knapp behandelt. Relativ ausführlich erfolgt demgegenüber die Auseinandersetzung mit dem Anwendungsbereich des § 14 StGB sowie mit der Figur des faktischen Geschäftsführers (soweit der Alleingesellschafter ausnahmsweise einmal nicht Geschäftsführer ist), welcher *Hanft* kritisch gegenübersteht. Zur Abgrenzung zwischen Untreue und Bankrott delikten (S. 195 ff.) postuliert *Hanft* eine Modifizierung der von ihm kritisierten Interessenformel des BGH (S. 195 ff.; ausführlich zur Kritik auch das hier [S. 751 ff.] angezeigte Werk von *Hager*). Im letzten Kapitel (S. 203 ff.) beschäftigt sich *Hanft* schließlich mit Sanktionen gegen die Einmann-GmbH, wobei Überlegungen zu strafrechtlichen Sanktionen nur *de lege ferenda* angestellt werden. Besonderes Augenmerk wird hier auf das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 103 Abs. 3 GG gelegt.

In weiten Bereichen bewegt sich *Hanft* zwar durchaus auch auf gesichertem Terrain, gerade bei dem speziellen Fokus des Buches würde man vielleicht erwarten, dass die Besonderheit gerade der Einmann-GmbH im Zusammen-

hang mit Lösungsansätzen, die aus dem Bereich des „normalen“ GmbH-Strafrechts stammen, noch eine größere Rolle gespielt hätte. Dass sie dies nach Auffassung von *Hanft* nicht tut, ist freilich kein Kritikpunkt an der Arbeit, sondern wurzelt darin, dass er zum einen aus formellen Gründen eine Engführung mit dem Zivilrecht propagiert und zum anderen bestimmten Aspekten des herrschenden GmbH-Strafrechts kritisch gegenübersteht. Interessant ist eine Betrachtung, die nicht von einer speziellen strafrechtsdogmatischen Frage ausgeht, sondern vom gesellschaftsrechtlichen Phänomen „Einmann-GmbH“, allemal. Wer mit einer entsprechenden Frage zu tun hat, wird an *Hanfts* Monographie nicht vorbeikommen.

II. Wirtschafts- und Wettbewerbslenkung: Betrug mit Lauterkeitsstrafrecht, Subventions- und Submissionsbetrug

1. Betrug und seine Bezüge zum Lauterkeitsrecht

Paschke, Matthias: Der Insertionsoffertenbetrug. Eine Untersuchung zur Strafbarkeit des Versendens von rechnungsähnlich aufgemachten Vertragsangeboten als Betrug im Sinne des § 263 StGB. Hamburg: Dr. Kovač 2007, XIV, 300 S. Strafrecht in Forschung und Praxis, Band 107.

Ein sehr spezielles Thema innerhalb des weiten Bereichs der „Betrugsstrafbarkeit“ behandelt *Paschke* in seiner Arbeit zum „Insertionsoffertenbetrug“, deren Entstehung wohl historisch nicht zuletzt durch die viel beachtete Entscheidung BGHSt. 47, 1 begründet sein dürfte. In einem ersten einleitenden Kapitel beschreibt *Paschke* die *modi operandi* verschiedener Formen des Insertionsofferten- und Adressbuchscheins, beschränkt sich dann jedoch explizit auf die spezielle Fallgruppe des Versendens von rechnungsähnlich aufgemachten Vertragsangeboten (S. 17), deren Phänotypen, wichtigste (rechnungstypische) Merkmale und Fallkonstellationen er im zweiten Kapitel beschreibt (S. 19 ff.). Im dritten Kapitel (S. 35 ff.) wird die rechtliche Bewertung derartiger Verhaltensweisen außerhalb des StGB beleuchtet, d. h. insbesondere die wettbewerbsrechtliche Einordnung sowie die (vertrags- und schadensersatzmäßigen) Rechtsfolgen nach dem BGB. Die dabei vorhandenen Sanktionsmöglichkeiten werden von *Paschke* jedoch insgesamt als unzureichend erachtet (vgl. S. 68 f.), was ihn sodann folgerichtig zur Frage nach der Notwendigkeit strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes führt (S. 73 ff.).

Dabei bejaht *Paschke* sowohl die Strafbedürftigkeit des Verhaltens trotz einer mehr oder weniger großen Mitverantwortung des Opfers (S. 74 ff.) als auch (wenngleich nur sehr knapp begründet) die Strafwürdigkeit (S. 82). Als Ziel der weiteren Ausführungen wird dann ausgegeben, „den Straftatbestand des § 263 mit dem Ziel zu interpretieren, das Versenden rechnungsähnlicher Vertragsangebote zu erfassen, ohne dabei jedoch die rechtsstaatlichen Grundsätze, insbesondere das Analogieverbot sowie das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, zu unterlaufen“ (S. 87 f.). Auf den ersten Blick scheint dieses Ziel nicht allzu ambitioniert, hat doch der BGH in der o.g. Entscheidung für derartige Fälle gerade eine Strafbarkeit für möglich erachtet; es ist aber auch daran zu denken, dass diese Entscheidung durchaus auf (teils auch sehr grundsätzliche) Kritik gestoßen ist. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass auch *Paschke* im Folgenden mit dem Begründungsansatz des BGH kritisch ins Gericht geht.

Den klaren Schwerpunkt der Untersuchung bildet das fünfte Kapitel (S. 89 ff.), das rund zwei Drittel der Arbeit ausmacht und die Anwendbarkeit des § 263 StGB zum Nachteil des Adressaten untersucht. Im Zentrum steht dabei die Frage der Täuschung über Tatsachen (S. 91–224), wobei *Paschke* überzeugend davon ausgeht, dass keine ausdrückliche Täuschung vorliegt (S. 109) und entsprechend für die Frage nach einer konkludenten Täuschung untersucht, was insoweit der konkludente Gegenstand der rechnungsähnlichen Angebote sein kann (Angemessenheit des Preises? Erfüllungswilligkeit? Vertragsmäßigkeit der Gegenleistung?). Am breitesten wird die Täuschung über das Bestehen einer Zahlungsverpflichtung (S. 127 ff.) untersucht, wobei *Paschke* sich auch ausführlich und kritisch mit der starken Subjektivierung der Lösung durch den BGH auseinandersetzt (S. 143 ff.). Sein eigener Lösungsansatz liegt dann in der Anwendung des im Zivilrecht anerkannten Grundsatzes der „*protestatio facto contraria non valet*“ (S. 179 ff., 189 ff.). Nachdem auf diese Weise das Vorliegen einer Täuschung begründet und auch keine weitere Einschränkung des Täuschungsbegriffs (etwa über die Sozialadäquanz oder die Viktimodogmatik) für erforderlich gehalten wird (S. 222 ff.), sind die übrigen Merkmale des Betrugs (Irrtum, Vermögensverfügung, Vermögensschaden, subjektiver Tatbestand, Strafzumessung) letztlich nur noch relativ unproblematischer und vergleichsweise knapp behandelter Annex.

Im Ergebnis besteht damit zwar Einigkeit mit der Rechtsprechung, deren Prämisse in Gestalt eines subjektivierten Täuschungsbegriffs *Paschke* allerdings nicht für erforderlich und im Ergebnis dann auch für andere Fälle als nicht zielführend erachtet. Ob – gerade mit Blick auf den beschworenen Bestimmtheitsgrundsatz – die Lösung über den Grundsatz der *protestatio facto*

contraria wirklich vorzugswürdig ist, mag man zwar bezweifeln, da das vermeintlich das Verhalten prägende „factum“ gerade auch wieder nur eine Willenserklärung ist, die eigentlich einen eindeutigen Inhalt hat. Andererseits sind *Paschkes* Argumente nicht zu vernachlässigen, die darauf fußen, dass der protestatio-facto-contraria-Grundsatz eben nicht allein in § 242 BGB wurzelt, sondern eine Auslegungsregel ist, wie sie auch sonst im Strafrecht durchaus Beachtung findet.

Göbel, Thomas: Die strafrechtliche Bekämpfung der unseriösen Geschäftstätigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Harmonisierung von Betrugs- und Lauterkeitsstrafrecht. Hamburg: Dr. Kovač 2007, XVIII, 331 S. Strafrecht in Forschung und Praxis, Band 99.

Der ebenso schillernde wie in seinen Grenzen ohne nähere Erläuterung etwas unscharfe Begriff der „unseriösen Geschäftstätigkeit“ liegt irgendwo im Schnittfeld von „Moralwidrigkeit“, „Wettbewerbsverletzung“ und „Vermögensschutz“ und kann daher gefühlsmäßig ohne weiteres dem Wirtschaftsstrafrecht zugewiesen werden. *Göbel* untersucht in seiner Dissertation, wie die von ihm in Anlehnung an *Otto* unter diesen Begriff gefassten Phänomene straf- und wettbewerbsrechtlich zu bewerten sind und spricht sich im Ergebnis für eine Verbesserung des Schutzniveaus aus, da es sich bei den Opfern nicht selten um benachteiligte und daher besonders schutzwürdige Personen handle.

Einleitend beschreibt *Göbel* die von ihm als „unseriöse Geschäftstätigkeit“ bezeichneten Phänomene (S. 1 ff.), wobei er eine solche insbesondere in der Verleitung zu einem zweckverfehlten Mitteleinsatz sieht, sei es mit oder ohne synallagmatischem Ausgleich. Das rechtliche Problem (S. 9 ff.) liegt hierbei nun darin, dass § 263 StGB gerade nicht die Dispositionsfreiheit schützt. Eine Systematisierung der Verhaltensformen (freilich recht selektives), statistisches Material sowie eine Beschreibung des Wandels ähnlicher Muster „neuer medialer Hüllen“ schließen die Einleitung ab.

Ein umfangreicher erster Teil (S. 21–110) beschreibt die Betrugsrelevanz einzelner Facetten unseriöser Geschäftstätigkeit und die dabei existierenden Schwierigkeiten, die Handlungen durch § 263 StGB zu erfassen. Als Fallgruppen werden hierbei Geschäfte mit Mitleid/Gemeinnützigkeit, Gewinnspiele und Preisausschreiben, Geldverkehr und -vermittlung sowie verschiedene Spielarten des Waren- und Leistungsbetruges (von der Veranstaltung von Kaffeefahrten bis hin zum Angebot von Nebenerwerbsmöglichkeiten) beschrieben. Die Teile 2–4 (S. 111–236) entwickeln dann nacheinander zum

einen die systematischen Grundlagen eines tauglichen Sanktionssystems auf straf- und wettbewerbsrechtlicher Seite und ihr problematisches Verhältnis zum „Prinzip moderner Reklame“ (Teile 2 und 4) und breiten zum anderen, mit einem Seitenblick auf die Historie sowie unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte, die Reichweite des Strafrechts aus. Ohne dass hier die umfangreichen – vielfach aber auch mäandernden und sich teilweise wiederholenden – Überlegungen im Detail nachgezeichnet werden können, lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, dass *Göbel* die Struktur des § 263 StGB, insbesondere mit Blick auf einen nachweisbaren und systematisch stimmig begründeten Vermögensschaden nicht für tauglich hält, einen für Ursachen- und Wirkungsmechanismen moderner Werbung angemessenen Rechtsgüterschutz zu gewähren. Der daher umso wichtiger werdende Lauterkeitsschutz nach § 16 UWG in der Fassung nach der Reform des Wettbewerbsrechts leidet nach seiner Ansicht freilich ebenfalls an diversen Defiziten, weshalb er in seinem Schlusskapitel (S. 295 ff.) *de lege ferenda* eine geänderte Vorschrift gegen unseriöse Geschäftstätigkeit fordert. Bei dieser ist seiner Ansicht nach insbesondere auf das Merkmal der Unwahrheit der werbenden Aussagen zu verzichten. Zum Ausgleich seien qualifizierende, die Strafwürdigkeit begründende Merkmale in Gestalt der Gewerbsmäßigkeit oder aber des schweren Nachteils (regelbeispielhaft erläutert durch besonders wichtige Fallgruppen) zu ergänzen.

Obwohl *Göbels* Darstellung in seinen plakativ geschilderten Beispielsfällen sehr anschaulich ist, ist das Buch aufgrund der oben bereits erwähnten mäandernden, teilweise aber auch redundanten Darstellung keine leichte Kost. Die beiden Grundanliegen des Verfassers, einerseits § 263 StGB nicht unsystematisch zu überdehnen, andererseits gerade benachteiligten Bevölkerungsgruppen (alten Menschen, Arbeitssuchenden usw.) verbesserten strafrechtlichen Schutz zu gewähren, sind für sich gesehen jeweils ehrenwert – ihre kriminalpolitische Kompatibilität ist freilich nicht ganz einfach herzustellen.

Ruhs, Svenja: Strafbare Werbung. Die strafbare Werbung nach § 16 Abs. 1 UWG im Spiegel nationaler Reformbedürfnisse und europarechtlicher Einflüsse. Baden-Baden: Nomos 2006, 243 S. Gießener Schriften zum Strafrecht und zur Kriminologie, Band 16.

Durch die UWG-Novelle wurde der Tatbestand der strafbaren Werbung nach § 4 UWG a.F. durch die jetzt in § 16 UWG niedergelegte Neufassung ersetzt, in welcher insbesondere an die Stelle einer recht langen und kasuistischen Gesetzesfassung schlicht die Tathandlung des „durch unwahre Anga-

ben irreführenden Werbens“ gesetzt worden ist. Mit dieser Regelung der irreführenden Werbung im Verhältnis zur alten Vorschrift des § 4 UWG, mit der europarechtlichen Einbettung der Regelung und auch mit einer Perspektive *de lege ferenda* befasst sich die Gießener Dissertation von *Ruhs*. Die Arbeit ist in fünf Teile gegliedert. Nachdem im ersten Teil (S. 21 ff.) die alte Vorschrift des § 4 UWG ausführlich dargestellt wird, referiert der zweite Teil (S. 69 ff.) Reformbestrebungen der ca. letzten 30 Jahre, bevor das Lauterkeits(straf)recht im dritten Teil (S. 88 ff.) in den Kontext der europäischen Rechtsentwicklung gestellt wird. Der vierte Teil (S. 144 ff.) ist dann der Neufassung des § 16 UWG und seiner Auslegung gewidmet, bevor im fünften Teil (S. 206 ff.) Vorschläge für eine erneute Anpassung der Vorschrift *de lege ferenda* gemacht werden.

Die Darstellung zur alten Rechtslage ist vielfach (zumindest kurz-) kommentarartig gehalten; ein deutlicher Schwerpunkt liegt auf der Entwicklung des Verbraucherleitbildes in der Rechtsprechung des BGH (S. 34 ff.), welche sich unter dem Einfluss der (relativ ausführlich nachgezeichneten) Rechtsprechung des EuGH (S. 35 ff.) von der Vorstellung eines eher unkritisch-flüchtigen Verbrauchers (S. 32) in Richtung auf einen durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbraucher hin entwickelt hat (S. 44 ff.).

Im zweiten Kapitel über die Reformbestrebungen seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts werden Vorschläge referiert, die von der Streichung der Vorschrift bzw. ihrer Herabstufung zu einer Ordnungswidrigkeit bis zur (dann entsprechend strengeren) Engführung zu § 3 UWG a.F. reichen. Zum letzteren Vorschlag vermerkt die *Verfasserin* kritisch, mangels einer § 3 UWG a.F. vergleichbaren umfangreichen Kasuistik und einschlägigen Erfahrung der Strafgerichte mit den Wettbewerbsfragen könne eine gleichlaufende Rechtsanwendung schlecht funktionieren; dies überrascht doch etwas, da gerade eine vom Gesetzgeber deutlich gemachte gleichlaufende Rechtsanwendung den Rückgriff auf die Fachkunde der sachnäheren Zivilgerichte erleichtern würde. Insgesamt macht die *Verfasserin* schon in der Bewertung der verschiedenen Reformansätze mehr oder weniger ihren Standpunkt zu Einzelfragen deutlich, der dann insbesondere im vierten und fünften Kapitel wieder aufgenommen wird.

Das dritte Kapitel über die europäische Dimension des Wettbewerbsrechts beginnt mit einem – in der heutigen Zeit möglicherweise unnötig ausführlichen – allgemeinen Vorspann über die Bedeutung der Europäisierung für das Strafrecht, bevor *Ruhs* die Grundzüge des europäischen Wettbewerbs-

rechts (auf Primär- wie Sekundärebene) erläutert. Dabei plädiert sie für eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung auch in solchen Bereichen, in denen keine vollständige Harmonisierung vorgesehen ist.

Auch die Darstellung des geltenden Rechts im vierten Kapitel gerät wieder teils eher kommentarartig mit deutlichen Schwerpunkten beim Verbraucherleitbild (S. 162 ff.), welches unter Anleihen bei wirtschaftswissenschaftlichen Theorien sowohl mit Blick auf die Funktion der Werbung als auch mit Blick auf den Verbraucher analysiert wird. Auf dieser Grundlage wird das europäische Leitbild des mündigen Verbrauchers einerseits verteidigt, andererseits aber auch gezeigt, dass (und wo) auch dort Anknüpfungspunkte für einen weiterreichenden Schutz bestehen (vgl. insbesondere S. 180 ff.).

Aus den Überlegungen zu einer Fassung des strafrechtlichen Werbeschutzes *de lege ferenda* sind insbesondere die Forderung nach einer Rückkehr zum Kriterium der Eignung zur Irreführung sowie zu einem größeren Kreis von Personen als Adressaten der Werbung hervorzuheben.

Rubs legt in der Untersuchung eine gut lesbare und in ihrer Bewertung konsequente Einordnung und Analyse des strafrechtlichen Werbeverbots nach § 16 UWG vor. An vielen zentralen Stellen (etwa bei der Analyse des Lauterkeitsrechts, bei der Änderung des Verbraucherleitbilds und auch bei der ausführlichen Darstellung der Europäisierung des Strafrechts) wandelt sie dabei in den Spuren ihres Promotionsbetreuers *Hecker*, der bekanntlich nicht nur zur Produktwerbung („Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, vgl. dazu ZStW 119 [2007], S. 366 ff.), sondern auch zum europäischen Strafrecht eine Monographie bzw. ein Handbuch vorgelegt hat. Über weite Strecken fällt die Arbeit sehr stark wettbewerbsrechtlich aus, indes ist dies bei einer Untersuchung des § 16 UWG wohl nicht nur unvermeidbar, sondern dürfte auch für denjenigen, der sich mit der Vorschrift praktisch befassen möchte, die wichtigste Hilfestellung sein.

2. Subventions- und Submissionsbetrug

Humbel, Fabian: Subventionsbetrug. Zürich: Schulthess Juristische Medien 2008, 263 S. Zürcher Studien zum Strafrecht, Band 48.

Als Kehrseite der bedeutsamen Rolle, die dem Subventionswesen in modernen europäischen Gesellschaften zukommt, haben sich auch das missbräuchliche Erschleichen und die Zweckentfremdung von Subventionen zu einem faktisch nicht unerheblichen Problem entwickelt. Obwohl konkrete empiri-

sche Befunde nicht vorliegen, besteht doch Einigkeit dahingehend, dass es sich um ein Phänomen handelt, dem volkswirtschaftliche Bedeutung nicht abgesprochen werden kann. Abgesehen davon, dass die entsprechenden Taten offenbar nur in eher seltenen Fällen aufgedeckt werden, stehen der Ahndung auch in materiellrechtlicher Hinsicht nicht unerhebliche Probleme entgegen. Während andere europäische Länder – wie z. B. Deutschland – der Problematik dadurch Herr zu werden versuchen, dass sie auf die besonderen prozessualen und materiellrechtlichen Schwierigkeiten zugeschnittene Spezialtatbestände geschaffen haben, zeichnet sich die Rechtslage in der Schweiz dadurch aus, dass je nachdem, um was für eine Art von Subvention (Abgeltung oder Finanzbeihilfe) es geht und abhängig davon, ob es sich um eine kantonale Subvention oder eine des Bundes handelt, unterschiedliche rechtliche Instrumente zur Anwendung kommen: die Straftatbestände des allgemeinen Strafrechts, die speziellen Straftatbestände des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) und des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz – SuG) oder – soweit vorhanden – kantonale Straftatbestände.

Fabian Humbel geht in seiner Untersuchung der Frage nach, welche strafrechtlichen Regelungen *lege lata* für den Schutz von Subventionsleistungen geschaffen wurden und welche Forderungen diesbezüglich *de lege ferenda* zu erheben sind. In einem ersten Schritt (S. 1–31) werden die rechtlichen Grundlagen des Subventionswesens in der Schweiz, der Begriff der Subvention, die Bedeutung des Subventionsmissbrauchs in der Rechtswirklichkeit und das Subventionsverfahren im Überblick vorgestellt. Hieran anschließend geht *Humbel* in einem zweiten Schritt der Frage nach, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen Subventionsbetrügereien durch den gemeinen Betrugstatbestand des Art. 146 schwStGB (S. 32–138), durch die Spezialtatbestände des Art. 14 VStrR bzw. Art. 38 SuG (S. 139–162), durch die Urkundentatbestände der Art. 251 ff. schwStGB, Art. 15 f. VStrR (S. 163–182) und/oder durch die bestehenden kantonalen Straftatbestände (S. 183–210) erfasst werden. Er kommt zu dem Ergebnis, dass der gemeine Betrugstatbestand Fälle des Subventionsbetrugs nicht oder nur unzureichend zu erfassen vermag und die speziellen Straftatbestände des VStrR und des SuG als rechtsstaatlich bedenklich einzustufen sind. Demgegenüber sind die Urkundsdelikte des schweizerischen Strafrechts seiner Auffassung nach durchaus geeignet, die schriftlichen Angaben des Gesuchstellers im Subventionsverfahren zu erfassen (S. 167 ff.). Als problematisch sieht er den Umstand an, dass die Art. 15 f. VStrR, anders als der Straftatbestand der Urkundenfälschung nach Art. 251 StGB, die private Falschbeurkundung nicht erfassen, gleichwohl aber als spe-

zielle Normen die Anwendbarkeit der Art. 251 ff. StGB ausschließen, was dann im Ergebnis – je nachdem, ob nur das schwStGB oder auch das VStrR auf eine Subvention anwendbar ist – zu einer sachlich nicht überzeugenden rechtsungleichen Behandlung gleichartiger Fälle führt.

Im dritten und letzten Schritt wird dann die Perspektive *de lege ferenda* eingenommen (S. 214–258): *Humbel* kommt hier, nachdem er die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Subventionen bejaht hat, zu dem Ergebnis, dass es der Einführung eines speziellen Betrugstatbestandes nicht bedürfe, weil die Lösung über die Urkundendelikte, konkret: den Tatbestand der Falschbeurkundung, erfolgen könne. Diese für den mit dem deutschen Recht vertrauten Leser überraschende Lösung erklärt sich dadurch, dass im schweizerischen Strafrecht die schriftliche Lüge unter bestimmten Voraussetzungen auch bei Privaturkunden als Falschbeurkundung strafbar ist. Die von *Humbel* vorgeschlagene Lösung ist damit im Ergebnis nicht weit entfernt von der Lösung des deutschen Rechts, wo entgegen dem missverständlichen Titel des § 264 StGB letztlich ja auch die schriftliche Lüge im Subventionsverfahren zum eigenständigen Delikt erhoben worden ist.

Schultze, Michaela: Die Betrugsnatur des Subventionsbetrugs. Zur Auslegung des Merkmals „vorteilhaft“ in § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Baden-Baden: Nomos 2006, 276 S. Studien zum Strafrecht, Band 4.

Nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird bestraft, wer in einem Subventionsverfahren über subventionserhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, wenn diese Tatsachen für ihn „vorteilhaft“ sind. Der BGH geht davon aus, dass § 264 Abs. 1 Nr. 1 auch die Fälle erfasst, in denen der Antragsteller aufgrund anderer als der wahrheitswidrig behaupteten Umstände einen Anspruch auf die begehrte Subvention hat. In der Literatur ist diese Rechtsprechung des BGH zwar bei einigen Autoren auf Zustimmung gestoßen (vgl. z.B. *Wohlers*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 264 Rdn. 88 f. m.w.N.), überwiegend wird aber eine restriktive Auslegung befürwortet, nach der Angaben nur dann „vorteilhaft“ sind, wenn sie geeignet sind, die Auskehrung einer Subvention entgegen der objektiven Sach- und Rechtslage zu bewirken (zur Darstellung des Meinungsstands vgl. S. 19 ff.). Ziel der von *Michaela Schultze* vorgelegten Untersuchung ist es, diese Streitfrage zu klären, wobei sie in vier Schritten vorgeht:

In einem ersten Kapitel (S. 25–51) wird anhand der hergebrachten Auslegungskriterien eine Auslegung des Merkmals „vorteilhaft“ versucht. *Schult-*

ze kommt hierbei zu dem Ergebnis, dass zum einen der Wortlaut sowohl die restriktive als auch die extensive Auslegung deckt und zum anderen die systematische und die historische Auslegung zu keinen eindeutigen Befunden führt. Entscheidend sei damit die teleologische Auslegung, wobei es hier neben dem Rechtsgut entscheidend auf „die Frage nach dem eigentlichen Unrecht und der Deliktsstruktur des § 264“ ankomme (S. 50). Der Bestimmung des durch § 264 StGB geschützten Rechtsguts und der Analyse der Deliktsstruktur des Straftatbestands sind der sehr umfangreiche zweite Teil gewidmet (S. 52–225), der hinsichtlich des Rechtsguts mit dem Ergebnis endet, dass es sich bei § 264 StGB um ein reines Vermögensdelikt handelt (vgl. zusammenfassend S. 179), dessen Legitimität von *Schultze* zwar durchaus kritisch beurteilt wird (S. 179 ff.), was aber nichts daran ändere, dass die Funktionsfähigkeit des Subventionswesens de lege lata als alternativ oder kumulativ geschütztes Rechtsgut nicht in Betracht kommen könne (S. 126 ff.). Die weiteren Ausführungen sind dem Nachweis gewidmet, dass die Deliktsstruktur des § 264 derjenigen des § 263 entspricht, dass also „der Subventionsbetrug alle typischen Strukturmerkmale des Betrugs enthält“ (S. 224), womit dann das Ergebnis der im dritten Kapitel (S. 226 ff.) wieder aufgenommenen Auslegung des Merkmals „vorteilhaft“ vorgezeichnet ist: „Aufgrund der nachgewiesenen Betrugsnatur des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist dieses Merkmal als Äquivalent zum Betrugsmerkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu deuten und daher bei Bestehen einer (anderweitigen) Subventionsberechtigung zu verneinen“ (S. 234).

Das entscheidende Argument für die von ihr befürwortete restriktive Auslegung ergibt sich für *Schultze* aus der dem Betrug i.S.d. § 263 entsprechenden Deliktsstruktur des § 264 I Nr. 1, wobei Basis für diese angenommene Betrugsäquivalenz die These ist, dass es sich bei § 264 StGB um ein reines Vermögensdelikt handelt. Diese Ableitung ist in sich konsequent, die Überzeugungskraft der Konstruktion steht und fällt aber damit, dass man die Prämissen akzeptiert, dass man *Schultze* also in der Einordnung des Subventionsbetrugs als reines Vermögensdelikt folgt. Die Argumente, die gegen die These des Subventionsbetrugs als reines Vermögensdelikt ins Feld geführt werden, sind zum einen der Umstand, dass der Gesetzgeber selbst davon ausgegangen ist, dass der „normale“ Betrugstatbestand die Fälle des Subventionsbetrugs nicht zu erfassen vermöge, und zum anderen die Tatsache, dass beim Subventionsbetrug auf den Eintritt eines Vermögensschadens verzichtet und stattdessen bereits die Abgabe täuschender Erklärungen als ein vollendetes Delikt bestraft wird.

Schultze sieht diese Einwände, erachtet sie aber als nicht durchgreifend: Sie anerkennt, dass sich das Vorliegen eines Vermögensschadens auf der Basis des vorherrschenden Verständnisses des Vermögensschadens nicht begründen lässt. Dies sei aber irrelevant, da das hergebrachte Verständnis sowieso abzulehnen und durch das von *Kindhäuser* entwickelte funktionale Verständnis des Vermögensschadens zu ersetzen sei (vgl. S. 120 ff.). Diese Argumentation wird indes nur denjenigen überzeugen, der sich ebenfalls vom vorherrschenden Verständnis des Vermögensschadens abwendet.

Die These, § 264 StGB schütze – auch oder sogar allein – die Funktionsfähigkeit des Subventionswesens (vgl. hierzu S. 126 ff. sowie *Woblers*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 264 Rdn. 7 ff. m.w.N.) weist *Schultze* mit dem Argument zurück, das Subventionswesen sei nicht schutzbedürftig (S. 132 f.). Mit dieser Begründung hat sie allerdings die Ebene der systemimmanenten Argumentation verlassen und argumentiert entgegen ihrem eigenen methodischen Ansatz (vgl. S. 52 ff.) nicht mehr systemimmanent, sondern systemkritisch: Dass das Subventionswesen nicht schutzbedürftig ist, ist ein gutes Argument dafür, dass ein entsprechender Tatbestand illegitim ist und deshalb nicht geschaffen werden oder aber wieder abgeschafft werden sollte. Die Behauptung, dass der Gesetzgeber einen Straftatbestand nicht zum Schutz eines bestimmten Rechtsguts geschaffen haben kann, weil dieses Rechtsgut nicht schutzbedürftig ist, konfundiert die Ebene des Sollens mit der des Seins.

Die skizzierten Einwände ändern indes nichts daran, dass *Schultze* eine auf hohem Niveau argumentierende, den bisherigen Meinungsstand soweit ersichtlich erschöpfend einbeziehende Untersuchung vorgelegt hat, die allein schon deswegen lesenwert ist, weil sie die argumentativen Sackgassen der bisherigen Diskussion offenlegt und die Punkte herausarbeitet, die für die Lösung der Problematik entscheidend sind. Dass der eigene Lösungsvorschlag dann seinerseits wieder Einwände provoziert, wird nur derjenige als Manko einstufen, der immer noch – im *Luhmannschen* Sinne „kontrafaktisch“ – daran glaubt, dass es in der Rechtswissenschaft endgültige oder zwingende Lösungen geben kann.

Heitz, Christoph: Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen. Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB. Zürich: Schulthess Juristische Medien 2008, 210 S. Zürcher Studien zum Strafrecht, Band 47.

Christoph Heitz geht in seiner Untersuchung der Frage nach, ob das Verhalten der Teilnehmer an einer Submissionsabsprache unter den Straftatbestand des Betrugs nach Art. 146 schwStGB subsumiert werden kann, was er im Ergebnis verneint. Die hieran anschließende Frage, ob de lege ferenda ein spezieller Straftatbestand zur Erfassung von Submissionsabsprachen geschaffen werden sollte, wird von ihm ebenfalls verneint, wobei er zur Begründung dieses Standpunkts wesentlich darauf verweist, dass derartigen Absprachen in der Schweiz zureichend mit den vorhandenen Instrumenten des Beschaffungs- und des Kartellrechts begegnet werden kann. Die Abhandlung ist in drei Teile gegliedert: In einem ersten Teil (S. 5–56) werden die Grundlagen des Subventionswesens der Schweiz erläutert und die Submissionsabsprache als solche in ihren Erscheinungsformen und Auswirkungen vorgestellt. Im zweiten Teil (S. 59–112) werden sodann die Möglichkeiten untersucht, Submissionsabsprachen mit den Instrumenten des Beschaffungs- und des Kartellrechts zu bekämpfen, bevor abschließend im dritten Teil (S. 115–210) der Frage nachgegangen wird, ob Submissionsabsprachen als Betrug gemäß Art. 146 schwStGB de lege lata strafbar sind bzw. de lege ferenda ein spezieller Straftatbestand zur Erfassung von Submissionsabsprachen geschaffen werden sollte.

Die Analyse der Rechtslage de lege lata erfasst alle relevanten Gesichtspunkte, wie z. B. das Vorliegen einer ausdrücklichen oder konkludenten Täuschung, eines korrespondierenden Irrtums der Mitarbeiter der Vergabestelle und einer Vermögensverfügung, legt aber andererseits auch ganz eindeutig und in der Sache völlig zu recht das Schwergewicht auf das eigentlich problematische Tatbestandsmerkmal: den Vermögensschaden. *Heitz* legt in Auseinandersetzung mit den hierzu in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen eingehend und überzeugend dar, dass mangels eines existenten Marktes nicht auf den „tatsächlichen Marktwert“ der Leistung der anbietenden Unternehmen abgestellt werden kann, dass sich ein „angemessener Preis“ für die angebotenen Leistungen nicht ermitteln lässt und dass und warum auch die in Deutschland vom Bundesgerichtshof favorisierte Lösung über einen „hypothetischen Wettbewerbspreis“ nicht zu überzeugen vermag. Er verwirft weiterhin eine Lösung über die Topoi der Exspektanz und der schadensgleichen Vermögensgefährdung und kommt damit zu dem Ergebnis, dass

sich ein Vermögensschaden nicht begründen lässt und Submissionsabsprachen deshalb nicht unter Art. 146 schwStGB subsumiert werden können.

Vor dem Hintergrund dessen, dass seiner – sachlich zutreffenden – Analyse nach Submissionsabsprachen de lege lata strafrechtlich nicht erfasst werden können, geht *Heitz* abschließend noch der Frage nach, ob de lege ferenda ein Sondertatbestand geschaffen werden sollte, mit dem – wie in anderen europäischen Ländern – Submissionsabsprachen unter Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens für strafbar erklärt werden sollen. *Heitz* bejaht zwar die Strafwürdigkeit von Submissionskartellen, nicht aber deren Strafbedürftigkeit unter dem Gesichtspunkt des Betruges: Angesichts der im Beschaffungs- und im reformierten Kartellrecht der Schweiz vorhandenen Reaktionsmöglichkeiten sowie der Möglichkeit, Submissionsabsprachen unter bestimmten Voraussetzungen über den Straftatbestand der Falschbeurkundung zu erfassen, sei ein spezieller Straftatbestand nicht erforderlich. Auch ein Sondertatbestand nach dem Vorbild des deutschen oder des österreichischen Rechts eröffne keine Eingriffsmöglichkeiten, die in der Schweiz nicht bereits de lege lata durch das revidierte Kartellrecht gegeben seien. Die Notwendigkeit, einen Straftatbestand zu schaffen, könne sich damit für die Schweiz nur dann ergeben, wenn man der Auffassung sei, dass entweder der mit einer Bestrafung verbundene besondere sozioethische Tadel oder die Möglichkeit, Freiheitsstrafen zu verhängen, der strafrechtlichen Lösung ein größeres präventives Potential verleihen, was *Heitz* indes mit gut vertretbarer Begründung verneint. Der besondere sozioethische Tadel spielt seiner Auffassung nach bei Verhaltensweisen, die – wie Submissionsabsprachen – im Rahmen der Geschäftstätigkeit vorgenommen werden, keine relevante Rolle und die Verhängung von unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafen sei nach der auf den 1.1.2007 in Kraft getretenen Reform des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches bei Submissionsabsprachen faktisch eher nicht zu erwarten.

3. Betrugsbekämpfung im Europäischen Kontext

Tiegs, Heiko W. A.: Betrugsbekämpfung in der Europäischen Gemeinschaft. Eine Bestandsaufnahme des englischen und deutschen Strafrechts zum Schutz der EG-Finanzinteressen. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2006, 409 S. Strafrecht der Wirtschaft, Band 12.

Ziel der Abhandlung ist es, die Frage zu klären, „ob der geltende Rahmen des englischen und des deutschen Strafrechts den Mindeststandards entsprechend

den Vorgaben des Übereinkommens zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und dessen Zusatzprotokollen entspricht“ (S. 6). Die Darstellung ist in fünf Teile gegliedert: Im Anschluss an die Einleitung werden im zweiten Teil (S. 9–120) die finanziellen Interessen der EG, das (vermutete) Ausmaß der Schädigungen dieser Interessen, die Vielfalt der deliktischen Vorgehensweisen sowie die vorhandenen Schutzmechanismen dargestellt. Im dritten und vierten Teil wird die Frage der strafrechtlichen Reaktion unter Zugrundelegung der Rechtslage in Deutschland (S. 121–196) und in England (S. 197–316) dargestellt. Die Ausführungen zum englischen Recht fallen umfangreicher aus, weil hier – für den mit dem englischen Strafrecht nicht vertrauten Leser zwingende – allgemeine Ausführungen zum englischen Strafrecht vorangestellt sind (S. 197–257).

Im fünften Teil (S. 317–366) werden die Ergebnisse des dritten und vierten Teils resümiert und dann der Ausgangsfrage nachgegangen, ob die Vorgaben des Übereinkommens zum Schutz der finanziellen Interessen im deutschen und englischen Recht umgesetzt worden sind. Bezogen auf die in Artikel 1 des Übereinkommens statuierten Verpflichtungen zur umfassenden Absicherung der Einnahmen- und Ausgabenseite der finanziellen Interessen der EG ortet *Tiegs* sowohl beim deutschen als auch beim englischen Recht Defizite (vgl. S. 333, 335/336, 341). Bezogen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmensleiter kommt es seiner Auffassung nach darauf an, wie man Art. 3 des Übereinkommens auslegt: Statuiere Art. 3 keine konkrete Verpflichtung zur Einführung einer über die nationalen Regelungen hinausgehenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit, könne konsequenterweise auch kein Verstoß gegeben sein. Gehe man demgegenüber – was angesichts des Zwecks des Übereinkommens „durchaus nahe[liegt]“ – von einer Verpflichtung zur Schaffung eines Straftatbestandes der Aufsichtspflichtverletzung aus, sei ein Verstoß gegeben (S. 340 ff.). Die im zweiten Zusatzprotokoll zum Übereinkommen statuierte Pflicht zur Einführung der Verantwortlichkeit juristischer Personen stellt nach *Tiegs* zwar nicht für das deutsche Recht, wohl aber für das englische Recht ein Problem dar, weil die im englischen Recht vorhandene Beschränkung auf Anlasstaten, die durch Entscheidungsträger selbst begangen werden, den Vorgaben des europäischen Rechts nicht entspreche (S. 357 ff.).

Die Arbeit bietet eine gerade für den mit einschlägigen Fällen befassten Praktiker sicherlich hilfreiche Analyse der tatsächlichen und rechtlichen Probleme, die bei Taten zum Nachteil der finanziellen Interessen der EG unter Zugrundelegung des deutschen und des englischen Rechts auftreten können. Folge des weiten Feldes, das beackert wird, ist, dass die Darstellung durch-

gänglich referierend bleibt. Der Mehrwert liegt also nicht in der vertieften Durchdringung einzelner Probleme, sondern in der systematisierenden Darstellung des Problemfeldes insgesamt (vgl. hierzu beispielhaft die Ausführungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Entscheidungsträger, S. 185 ff., wo – bezogen auf das deutsche Strafrecht – der Hinweis, dass die Anwendung der mittelbaren Täterschaft auf aus Unternehmen heraus begangene Delikte umstritten sei, nicht weiter vertieft wird und sich auch die Ausführungen zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung in einer Darstellung des Meinungsstandes erschöpfen). Für den mit dem englischen Strafrecht nicht vertrauten Leser bieten die Ausführungen zur Beschreibung der englischen Strafrechtsordnung einen leicht verständlichen Einstieg in diese für den an kontinentaleuropäische Strafrechtssysteme gewöhnten Juristen nicht ganz einfach zugängliche Materie.

III. Varia

Hager, Paul Sebastian: Der Bankrott durch Organe juristischer Personen. Zugleich ein umfassender Beitrag zur historischen Entwicklung des Insolvenzstrafrechts. Holzkirchen (Obb.): FELIX-Verlag 2007, XV, 262 S. Schriften zur Rechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Band 5.

Gleichsam als Nachtrag zu den insolvenzstrafrechtlichen Werken, die in ZStW 120 (2008), S. 603 ff., besprochen worden sind, ist hier noch die von *Wolters* betreute Dissertation von *Hager* anzuzeigen. Glaubt man bei einem Blick auf den Titel zunächst eine rein strafrechtsdogmatische Arbeit zum Problem des Auseinanderfallens von Täterqualität und Handlungsfähigkeit vor sich zu haben, so macht der Untertitel klar, worum es in der ersten Hälfte des Buches (S. 3–119) wirklich geht: Der *Verfasser* ist um einen Überblick über die Entwicklung des Insolvenzrechts – beginnend mit den primitiven Rechten und den vorrömischen Hochkulturen – bemüht, welcher nicht auf das Insolvenzstrafrecht (und selbstverständlich schon gar nicht auf die Problematik des Bankrotts durch Organe juristischer Personen) beschränkt ist, sondern allgemein den Umgang mit zahlungsunfähigen bzw. -unwilligen Schuldnern in der Geschichte behandelt (S. 3 ff.). Für das deutsche Strafrecht wird einerseits der Einfluss des norditalienischen Rechts seit dem 13. Jahrhundert nachgezeichnet (S. 30 ff.), andererseits aber auch deutlich gemacht, welche verschiedenen Varianten des Insolvenzstrafrechts sich in den verschiedenen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts finden (S. 63 ff.), deren Unterschiedlichkeit letztlich der schwierigen Frage nach dem rechten Maß einer

auch strafrechtlichen Flankierung des Insolvenzrechts geschuldet ist. Wenn- gleich nicht unmittelbar mit Relevanz für den zweiten Teil des Buches (dies gilt freilich für einen nennenswerten Teil der historischen Ausführungen), ist die Deutung des Autors intuitiv einleuchtend, dass das Fehlen eines Insolvenzstrafrechts im Strafrecht der ehemaligen DDR (S. 95 ff.) darauf zurück- zuführen ist, dass dort private Insolvenzen nicht nur keine nennenswerte wirtschaftliche Bedeutung hatten, sondern da es auch schon „der Ideologie der DDR widersprochen (hätte), strafrechtliche Schutzgesetze für einen Be- reich zu schaffen, der eigentlich als typisches Übel des Kapitalismus bezeich- net wurde“ (S. 96). In seinem kurzen Resümee zum rechtshistorischen Teil hält *Hager* dann fest, „dass sich die heutigen Insolvenzdelikte im engeren Sinne aufgrund unterschiedlichster Einflüsse aus außermanischer und ger- manischer Rechtshistorie entwickelt“ haben und dass auch für das Thema Insolvenzstrafrecht die „Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts (...) anerkannt und auch (...) offensichtlich“ sei (S. 119). Angesichts dieses doch sehr allgemein gehaltenen Fazits ist man durchaus gespannt, wie das in der Hauptüberschrift angelegte Problem des Verhältnisses von § 283 StGB zu § 266 StGB „aufbauend auf diesen geschichtlichen Erkenntnissen“ behandelt werden soll (S. 120).

Der Sprung zum dogmatischen Teil der Arbeit fällt etwas unvermittelt aus, was aber von *Hager* rasch „abgefangen“ wird, da er auf S. 121 ff. sehr anschaulich anhand von typischen Konstellationen in die Problematik ein- führt und dabei auch die Konsequenzen der Anwendung des § 266 StGB oder aber des § 283 StGB in verschiedenen Konstellationen (etwa mit Blick auf ein Strafantragserfordernis nach § 247 StGB, mit Blick auf die Unzulässigkeit der Bestellung zum Geschäftsführer nach § 6 GmbHG [nach der alten Rechtslage vor dem MoMiG] sowie auf die bei § 283 StGB existierende Versuchs- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit) nachzeichnet. Eine ausführliche Darstellung des Meinungsstandes (S. 139 ff.), bei welchem die so genannte Interessentheorie der Rechtsprechung (Handeln im Interesse der Gesellschaft: § 283 StGB; Handeln im eigenen Interesse des Organs: § 266 StGB) im Mittelpunkt steht und einer ausführlichen, zwar nicht immer neuen, aber vielfach durchaus überzeugenden Kritik unterzogen wird, mündet in den eigenen Ansatz des Verfassers ein (S. 196 ff.). Sein zentraler Einwand gegen die Interessenformel ist, dass diese zu gleichsam „absurden Verteidigungsstrategien“ führen müss- te, da für den Täter eine Berufung auf eigennütziges Handeln mit der mög- lichen Folge einer Strafbarkeit nach § 266 StGB unter verschiedenen Aspek- ten günstiger wäre als die Einlassung, alles nur „für die Gesellschaft“ getan zu haben. An dieser Stelle wird dann die historische Entwicklung doch noch

einmal kurz fruchtbar gemacht, wenn *Hager* darauf hinweist, dass die Geschichte des Insolvenzstrafrechts gerade von den Bemühungen um die Schaffung einerseits effektiver, andererseits aber trennscharfer strafrechtlicher Instrumentarien geprägt war, nun aber nach der Interessentheorie der Rechtsprechung das ausdifferenzierte System der §§ 283 ff. StGB in vielen Konstellationen nicht zur Anwendung kommt und stattdessen durch den grenzenlosen (und letztlich nicht wirklich zum geschützten Rechtsgut passenden) Untreuestraftatbestand ersetzt wird (S. 207). Seine eigene Position (S. 210 ff.) bezeichnet *Hager* als objektiv-funktionale Abgrenzung. Danach kommt eine Strafbarkeit nach § 283 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB dann in Betracht, wenn ein „objektiv-funktionaler Zusammenhang zwischen dem übertragenen Aufgabenkreis des Organs und der einzelnen konkreten Handlung“ vorliegt, d. h. immer dann, „wenn das Organ mit Zustimmung der Vertreter der juristischen Person“ handelt, aber auch ohne diese Zustimmung jedenfalls dann, „wenn das Organ rechtsgeschäftlich als Vertreter der juristischen Person handelt“, da hier „ja gerade die ihm eingeräumten Rechte“ genutzt werden (S. 211). Auch ohne Zustimmung oder rechtsgeschäftliche Handlung kommt bei rein tatsächlichen Handlungen ein objektiv-funktionaler Zusammenhang in Betracht, wenn „das Organ die tatsächlichen Zugangs- und Einwirkungsmöglichkeiten ausnutzt, die ihm seine Organstellung funktionell ermöglicht“, was freilich restriktiv zu verstehen sein soll (S. 212).

Das Bild, das die Arbeit abgibt, ist ähnlich gespalten wie seine Gliederung: Einerseits stehen historischer und dogmatischer Teil, wenn man ehrlich ist, vielfach relativ bezugslos nebeneinander, und die Überlegungen im dogmatischen Teil sind kaum allesamt neu und originell. Andererseits argumentiert die Arbeit in ihrem dogmatischen Teil durchaus gediegen und enthält in ihrem ersten Teil für den rechtshistorisch weniger beschlagenen Leser so manch Erhellendes. Dafür ist dann auch die rund 20-seitige, bis zum Sachsenspiegel zurückgehende Quellensammlung (S. 219 ff.) durchaus hilfreich.

Dorn, Thomas: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmers für den Arbeitsschutz im Betrieb. Zugleich ein Beitrag zum Thema Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Baden-Baden: Nomos 2006, 234 S. Nomos Universitätsschriften Recht, Band 470.

Thomas Dorn weist eingangs seiner Studie zutreffend darauf hin, dass Arbeitsunfälle ein fester Bestandteil des beruflichen Lebens sind, dessen Bedeutung sich sowohl aus der hohen Zahl der Betroffenen als auch aus den Kosten ergibt, die durch Arbeitsausfälle und Berufskrankheiten entstehen (S. 19).

Vornehmliches Ziel seiner Untersuchung ist es, der Frage nach der Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers nachzugehen; darüber hinaus soll aber auch „zu weiteren spezifischen Problemen Stellung genommen [werden], die sich aufgrund der Betriebswirklichkeit für Wissenschaft und Praxis bei der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmers für den Arbeitsschutz ergeben“ (S. 20).

Die Untersuchung gliedert sich in drei Teile: Im ersten Teil (S. 23–82) gibt *Dorn* einen Überblick über das duale System des geltenden Arbeitsschutzrechts. Erörtert werden zum einen das Arbeitsschutzrecht – und hier insbesondere das Arbeitsschutzgesetz (vgl. S. 23 ff.) – und zum anderen die Unfallverhütungsvorschriften. Im zweiten Teil (S. 83–126) werden die im Hinblick auf den Arbeitsschutz relevanten Straftatbestände des Kernstrafrechts sowie die wichtigsten Normen des Nebenstrafrechts vorgestellt. Neben einer Typologie der nebenstrafrechtlichen Normen steht in diesem Abschnitt der Straftatbestand der Baugefährdung nach § 319 StGB im Vordergrund der Darstellung. Im 3. Teil (S. 127–227) sollen dann „die für Theorie und Praxis relevanten Problemfelder“ behandelt werden. Im Einzelnen geht es um die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit (S. 127 ff.), das Fahrlässigkeitsdelikt (S. 137 ff.), das unechte Unterlassungsdelikt (S. 174 ff.), die Problematik der Delegation strafrechtlicher Verantwortlichkeit (S. 198 ff.) und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Arbeitsschutz bei Gesellschaften (S. 216 ff.). Der Versuch, auf 100 Druckseiten mehrere, schon je für sich gesehen gewichtige Problembereiche des Allgemeinen Teils in all ihren Facetten und verbunden mit einer gewissen Vertiefung im Hinblick auf die Problematik des Arbeitsschutzes zu erfassen, führt dazu, dass die Ausführungen sich im Wesentlichen darin erschöpfen, den bisherigen Meinungsstand wiederzugeben – und dies auch nicht durchgängig auf dem aktuellen Stand der Diskussion. Die Art der Darstellung erschöpft sich darin, dass verschiedene Meinungen aneinandergereiht dargestellt werden, wobei sich der Autor der eingangs der Untersuchung angekündigten Stellungnahme letztlich weitgehend entzieht, da er nicht eigene Standpunkte entwickelt, sondern sich in der Regel schlicht, d.h. ohne größeren argumentativen Aufwand zu treiben, einer der bereits vertretenen Auffassungen anschließt. Die Untersuchung mag für den Praktiker, der mit Arbeitsschutzfällen unter strafrechtlichen Gesichtspunkten befasst ist, von einem gewissen Interesse sein – auch für diesen Leserkreis stellt sich allerdings die Frage, ob das, was die Abhandlung bietet, nicht auch durch den Blick in einen (Groß-)Kommentar gewonnen oder doch wenigstens über die dort zu findenden Verweisungen erschlossen werden kann.

Mayer, Joachim: Die strafrechtliche Erfassung des illegalen Technologietransfers. Probleme der Ausgestaltung und Anwendung der Straf- und Bußgeldvorschriften des Kriegswaffenkontrollgesetzes und des Außenwirtschaftsgesetzes unter Einbeziehung des Chemiewaffenübereinkommens und der §§ 93 ff. StGB. Baden-Baden: Nomos 2006, 386 S. Nomos Universitätsschriften Recht, Band 459.

Der illegale Transfer von Waffen(technologie) ist, bedingt durch einige öffentlichkeitswirksame Fälle, seit den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts zu einem Thema geworden, das nicht nur die Strafrechtspraxis, sondern auch den Gesetzgeber immer wieder beschäftigt. Ziel der von *Joachim Mayer* vorgelegten Untersuchung ist es, „die strafrechtliche Erfassung des illegalen Technologietransfers darzustellen und dabei auf Probleme der Ausgestaltung und Anwendbarkeit einzelner Vorschriften aufmerksam zu machen, um schließlich neue Wege der Verfolgung des illegalen Technologietransfers aufzeigen zu können“ (S. 33). Der Gang der Untersuchung lässt sich im Wesentlichen bereits aus dem Untertitel des Werks ablesen. Behandelt werden in einem ersten Teil (S. 35–281) die Straf- und Bußgeldvorschriften des Kriegswaffenkontrollgesetzes und des Außenwirtschaftsgesetzes. Der zweite Teil (S. 283–304) behandelt die Straf- und Bußgeldvorschriften des Chemiewaffenübereinkommens und der dritte Teil (S. 305–373) die Anwendbarkeit der §§ 93 ff. StGB auf Fälle des illegalen Technologietransfers.

Die Ausführungen zum KWKG, zum AWG und zum CWÜAG beginnen jeweils mit einer informativen Darstellung der Entstehungsgeschichte (S. 36 ff., 57 ff. und 284 ff.). Die umfangreichen und ins Detail gehenden Ausführungen zu den Straf- und Bußgeldvorschriften des KWKG und des AWG sind in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil gegliedert. Im Allgemeinen Teil (S. 71 ff.) werden – sozusagen vor die Klammer gezogen – die Rechtsgutsproblematik (S. 71 ff.), die sich aus der Verwaltungsaktsakzessorietät der Tatbestände ergebenden Probleme im Bereich von Täterschaft und Teilnahme (S. 80 ff.), die – mit einer kritischen Analyse der vorhandenen Judikatur verbundene – Abgrenzung strafloser Vorbereitungshandlungen vom strafbaren Versuch (S. 95 ff.), die – von *Mayer* als völkerrechtskonform eingestufte – Erfassung von Auslandstaten über das aktive Personalitätsprinzip (S. 113 ff.) sowie Konkurrenzprobleme (S. 117 ff.) behandelt. Diese Ausführungen, vor allem aber die im Besonderen Teil gebotene, ins Detail gehende Analyse der einzelnen Straf- und Bußgeldvorschriften (S. 125 ff.) kann, ohne dass dies abwertend gemeint ist, durchaus auch als Kommentar gelesen und verwendet werden. Dass dies der Intention des Verfassers entspricht,

belegen die Ausführungen auf S. 283, wo *Mayer*, bezogen auf die im 2. Teil gebotene Analyse des CWÜAG, explizit die Zielsetzung formuliert, „einen Überblick über die – bisweilen nicht ganz leicht verständliche – Ausgestaltung der Straf- und Bußgeldvorschriften des CWÜAG zu vermitteln, zu denen bislang noch keine umfassende Kommentierung existiert“. Anzumerken bleibt, dass sich die Untersuchung in dieser kommentierenden Funktion nicht erschöpft. Die Literatur und Rechtsprechung soweit ersichtlich vollständig und sorgfältig auswertende Analyse greift an verschiedenen Stellen sowohl im Ansatz als auch im Ergebnis kritisch Grundsatzprobleme auf, wie die Problematik der (Un-)bestimmtheit der Normen (S. 157 ff.), die von *Mayer* insbesondere aufgrund der hohen Mindeststrafen als unverhältnismäßig eingestuften Strafandrohungen (S. 208 ff.) sowie die im AWG (und im CWÜAG), nicht aber im KWKG geregelte Frage, inwieweit über das Institut des Rechtsmissbrauchs trotz des Vorliegens einer Genehmigung eine Bestrafung erfolgen kann (S. 232 ff.).

Neu und interessant ist der Ansatz, die Bekämpfung des illegalen Technologietransfers über die Staatschutzdelikte der §§ 93 ff. StGB zu intensivieren (S. 305 ff.). Die Analyse ergibt, dass es zwar nicht von vornherein ausgeschlossen ist, die Landesverratsvorschriften, die an den Begriff des Staatsgeheimnisses anknüpfen, auf Fälle des illegalen Technologietransfers anzuwenden, dass aber von diesen Normen eher keine signifikanten Beiträge zu erwarten sind. Anders liegt es dagegen – so *Mayer* – beim Straftatbestand der geheimdienstlichen Agententätigkeit (§ 99 StGB), der, wenn die in der Rechtsprechung vorherrschende restriktive Auslegung des Merkmals der „geheimdienstlichen Tätigkeit“ korrigiert werde, einen eigenständigen Beitrag zur Bekämpfung des illegalen Technologietransfers leisten könne (S. 332 ff.): „Der wesentliche Vorteil des § 99 StGB gegenüber den Straf- und Bußgeldvorschriften des AWG und des KWKG sowie des CWÜAG, die gegenwärtig zur Verfolgung des illegalen Technologietransfers und der Wirtschaftsspionage herangezogen werden, liegt zum einen in der Tatbestandsstruktur des § 99 StGB als ein abstraktes Gefährdungsdelikt begründet. Hierdurch findet eine erhebliche und im Bereich des illegalen Technologietransfers auch wünschenswerte Vorverlagerung der Strafbarkeit statt. Zum anderen kann der im Bereich des § 99 StGB zuständige Generalbundesanwalt, insbesondere durch die Einschaltung des BKA, der Strafverfolgung neue Impulse geben“ (S. 373). Ob die Praxis diese Anregungen aufgreifen wird, bleibt abzuwarten. Dass das Buch diejenigen, die sich in der Praxis mit Fällen illegalen Technologietransfers zu beschäftigen haben, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Normen helfen kann und wird, steht außer Frage.

Fischer, Daniel: Corporate Governance und der Sarbanes-Oxley Act aus strafrechtlicher Sicht. Bern: Stämpfli Verlag 2008, 229 S. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 751.

Die mit den Fällen Enron, Xerox und WorldCom in den Blickpunkt der juristischen Öffentlichkeit getretenen Bilanzierungsskandale haben weltweit Verschärfungen der Regelungen der Corporate Governance zur Folge gehabt. Die besondere Beachtung, die in diesem Zusammenhang der im Jahre 2002 in den USA erlassene Sarbanes-Oxley Acts gefunden hat, erklärt sich nicht zuletzt daraus, dass die Vorgaben dieses Gesetzes auch von den ausländischen Unternehmen zu beachten sind, deren Aktien auf dem US-Kapitalmarkt zum Handel zugelassen bzw. die als Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (auch) auf dem US-Markt tätig sind. Ziel der von *Daniel Fischer* vorgelegten Untersuchung ist es, die Regelungen des Sarbanes-Oxley Act vorzustellen und auf ihre Vereinbarkeit mit den Normen des schweizerischen Strafrechts hin zu untersuchen.

Die Untersuchung ist in drei Teile gegliedert: In einem ersten Teil (S. 5–107) analysiert *Fischer* das hinter dem Begriff der Corporate Governance stehende Konzept und thematisiert die Auswirkungen, die dieses auf das Strafrecht hat, wobei er zum einen die Tendenz konstatiert, die Einhaltung der Vorgaben der Corporate Governance strafrechtlich abzusichern (S. 62 ff.) und zum anderen die Notwendigkeit betont, die Vorgaben der Corporate Governance sowohl bei der Auslegung der Strafbarkeitsvoraussetzungen (S. 76 ff.) als auch im Rahmen der Strafzumessung (S. 102 ff.) zu berücksichtigen. Im zweiten Teil (S. 109–172) werden dann im Anschluss an einleitende Bemerkungen zu den Ursachen für den Erlass des Sarbanes-Oxley Act, zu den mit diesem Gesetz verfolgten Zielen sowie zu dessen Geltungsbereich (S. 107–124) die Bestimmungen des Sarbanes-Oxley Act im Überblick dargestellt, wobei sich die Darstellung der Sache nach in einer sehr knappen Kurzkomentierung der einzelnen Vorschriften erschöpft (S. 125–165). An diese schließt sich dann noch eine Würdigung an (S. 166–172), die sich allerdings hinsichtlich der Einschätzung des Gesetzeswerkes im Wesentlichen darin erschöpft, die kritischen Stellungnahmen nachzuweisen (S. 166), ohne deren Berechtigung näher zu hinterfragen, und die bezogen auf das durch sec404 statuierte Kontrollsystem auf die Selbstverständlichkeit verweist, dass auch dieses Kontrollsystem nicht alle denkbaren wirtschaftskriminellen Handlungsweisen zu begegnen vermag (S. 167 f.).

Der dritte Teil (S. 173–219) ist dann der Frage der Vereinbarkeit des Sarbanes-Oxley Act mit dem schweizerischen Recht gewidmet. Als problema-

tisch erweisen sich hierbei insbesondere die durch den Sarbanes-Oxley Act statuierten Mitteilungspflichten gegenüber dem der US-amerikanischen Börsenaufsicht unterstellten Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) sowie die diesem gewährten Kompetenzen zur Durchführung von Inspektionen und zur Verhängung von Disziplinarmaßnahmen, die eine Reihe von Normkonflikten mit Straftatbeständen des schweizerischen StGB und des Nebenstrafrechts begründen (S. 180 ff.). Dieser Normkonflikt – so das Fazit *Forsters* – „stellt die betroffenen Unternehmen letztlich vor die Wahl sich zwischen der Umsetzung und Einhaltung der Normen des Sarbanes-Oxley Act, des Rechts ihres Sitzstaates oder des Landes ihrer Primärkottierung entscheiden zu müssen. Normkonflikte sollten jedoch in erster Linie durch eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Aufsichtsbehörden und in zweiter Linie durch Sonderverfahren sowie durch freiwillige Zustimmungen und Verzichtserklärungen seitens der beteiligten Parteien gelöst werden, die durch die jeweiligen Normen geschützt werden. Der Lösungsweg ist somit in bilateralen Abkommen zu suchen“ (S. 229; zu den Bemühungen, den für schweizerische Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bestehenden Normkonflikt aufzulösen oder doch wenigstens zu entspannen vgl. S. 207 f.). Was zu geschehen hat, wenn dieser Weg nicht begangen werden kann, z. B. weil sich ein Partner einer Verhandlungslösung verweigert, wird nicht erörtert.

Petersohn, Nadine: Die Abhängigkeit von Geldbußtatbeständen von einer Einzelentscheidung der Verwaltungsbehörden. Göttingen: V & R unipress 2006, 400 S. Osnabrücker Abhandlungen zum gesamten Wirtschaftsstrafrecht, Band 5.

Die Straftat- und Ordnungswidrigkeitentatbestände des Wirtschaftsstrafrechts werden häufig deshalb als problematisch angesehen, weil ihr Anwendungsbereich entweder wegen der Verwendung normativer Begriffe und/oder durch mehr oder weniger schwierig nachzuvollziehende Verweisungsketten unbestimmt und damit im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB bedenklich erscheint (vgl. hierzu auch bereits – anhand der Straftatbestände des Kapitalmarktstrafrechts – den Literaturbericht ZStW 120 [2008], S. 588 ff.). Ein zweites, nicht selten auftretendes Problem ist das Anknüpfen der Sanktionstatbestände an das Nichtvorhandensein einer Genehmigung („Wer ohne Erlaubnis...“) bzw. die Zuwiderhandlung gegen einen belastenden Verwaltungsakt („Wer entgegen einer Anordnung...“), bei denen sich die Frage stellt, ob, wenn man allein auf die verwaltungsrechtliche Wirksamkeit

des in Frage stehenden Verwaltungsakts abstellt, nicht bloßer Verwaltungs-
ungehorsam pönalisiert wird.

Nadine Petersohn behandelt beide Problemkreise anhand des Beispiels der Ordnungswidrigkeitentatbestände des Kartellrechts (§ 81 GWB). Im Anschluss an ein einführendes 1. Kapitel (S. 29–60) werden im zweiten Kapitel (S. 61–83) relativ knapp die Vereinbarkeit des § 81 GWB mit dem Bestimmtheitsgrundsatz und sodann im 3. und 4. Kapitel sehr ausführlich die Ahndung der Nichtbeachtung von belastenden Anordnungen der Kartellbehörde (S. 85–292) sowie der Ausschluss der Geldbußbewehrung bei Vorliegen einer Erlaubnis der Kartellbehörde (S. 293–360) behandelt.

Die Vereinbarkeit des § 81 GWB mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) ergibt sich für *Petersohn* letztlich aus der Erwägung, dass sich der Inhalt der durch die Kartellbehörde zu erlassenden Verwaltungsakte aus dem GWB und damit aus dem formellen Gesetz ergebe, was den durch die Rechtsprechung des BVerfG konkretisierten Anforderungen an die Bestimmbarkeit der Verbotsmaterie genüge. Die Ausführungen *Petersohns* belegen einmal mehr, dass die Fälle, in denen eine Sanktionsnorm an mangelnder Bestimmtheit scheitert, die große Ausnahme bleiben werden (vgl. im Übrigen auch die überzeugende Kritik *Petersohns* an den differenzierenden Anforderungen, die im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot an Blanketttatbestände einerseits und Volltatbestände mit normativen Tatbestandsmerkmalen gestellt werden; S. 76 ff.).

Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet das 3. Kapitel, in dem sich *Petersohn* auf über 200 Druckseiten mit der Frage auseinander setzt, ob die Nichtbeachtung einer belastenden Anordnung der Kartellbehörde auch dann bußgeldrechtlich geahndet werden kann, wenn die Anordnung verwaltungsrechtlich gesehen zwar wirksam, also vollziehbar ist, aber an formellen oder materiellen Mängeln leidet, welche zwar nicht zur Nichtigkeit führen, die Anordnung aber als rechtswidrig erscheinen lassen. Weiterhin werden die Probleme der nachträglich wegfallenden Anordnung (S. 264 ff.) sowie der Zuwiderhandlung gegen belastende Auflagen (S. 273 ff.) und Auskunftersuchen (S. 283 ff.) behandelt.

Die sehr sorgfältige, die bisherige Diskussion der Problematik soweit ersichtlich vollständig ausschöpfende Analyse kann an dieser Stelle nicht im Detail nachvollzogen werden. Hervorzuheben ist die differenzierte Auseinandersetzung mit den im Mittelpunkt der Diskussion stehenden Postulaten der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und der – von *Petersohn* geteilten – Anerkennung der Bindung der Strafrechtsordnung an die Vorgaben der

Primärrechtsordnung, im vorliegenden Fall also des materiellen Kartellrechts (vgl. S. 189). Für *Petersohn* kommt es entscheidend darauf an, ob die Kartellordnungswidrigkeiten ihrer Funktion nach dem Schutz von Rechtsgütern dienen oder aber Verwaltungsgehorsam erzwingen sollen (S. 235 f.), was letztlich für jeden Tatbestand einzeln zu entscheiden sei (vgl. S. 239 ff.). Maßgebend sei „ob die Freiheit des Wettbewerbs bei einer Missachtung einer kartellbehördlichen Verfügung verletzt wird – unabhängig davon, ob diese in formeller oder materieller Hinsicht an einem Fehler leidet. Dann lässt sich die Nichtbeachtung einer rechtswidrigen Verfügung mit einer Geldbuße ahnden. Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes schließt demgegenüber die Geldbußbedrohung aus, wenn das Rechtsgut Wettbewerb allein bei Zuwiderhandlungen gegen rechtmäßige Anordnungen der Kartellbehörde verletzt wird“ (S. 250). Die aus diesem Ansatz folgende Differenzierung zwischen Kartellverwaltungs- und -ordnungswidrigkeitenrecht sei „im Interesse der materiellen Gerechtigkeit hinzunehmen“ (S. 256). Unter Bezugnahme auf einschlägige Rechtsprechung des BVerfG legt *Petersohn* dar, dass diese differenzierende Lösung keine Wertungswidersprüche heraufbeschwört, sondern im Gegenteil den unterschiedlichen Funktionen der Normen der Primär- und Sekundärrechtsordnung Rechnung trägt (S. 257 ff.): Die im Kartellverwaltungsrecht getroffenen Wertentscheidungen lassen sich nicht auf das Kartellordnungswidrigkeitenrecht übertragen: „Letzteres muss die von der Kartellbehörde in einem Verwaltungsverfahren konkretisierten Pflichten nicht blind akzeptieren, sondern kann sich durchaus darüber hinwegsetzen und eigene Maßstäbe entwickeln“ (S. 263).

Im 4. Kapitel werden unter dem Obertitel „Ausschluß der Geldbußbewehrung beim Vorliegen einer Erlaubnis der Kartellbehörde“ drei Probleme behandelt: Zum ersten die Frage, ob auch eine rechtswidrige Genehmigung die Strafbarkeit ausschließt (S. 295 ff.), was *Petersohn* mit der zutreffenden Erwägung bejaht, dass ansonsten die durch die Genehmigung geschaffene Handlungsermächtigung faktisch entwertet wäre (vgl. S. 326 ff., insbesondere S. 329). Zum zweiten die Frage, ob auch eine rechtsmissbräuchlich erlangte Genehmigung die Strafbarkeit ausschließt (S. 336 ff.), was Peterson unter Hinweis auf Art. 103 Abs. 2 GG für die Fälle bejaht, in denen es – wie im Kartellrecht – an einer die Unbeachtlichkeit rechtsmissbräuchlich erlangten Genehmigung klar statuierenden gesetzlichen Grundlage fehlt (S. 348 ff.). Und schließlich zum dritten die Fälle, in denen zwar eine Genehmigung nicht vorliegt, das in Frage stehende Verhalten aber genehmigungsfähig war; die Ahndung muss hier nach *Petersohn* dann entfallen, wenn ein gebundener Anspruch auf Genehmigung besteht (S. 351 ff.).

Die Abhandlung kommt zu nicht immer neuen, wohl aber stets sorgfältig hergeleiteten und gut vertretbaren Ergebnissen. Sie überträgt die Problemlösungen, die bereits für andere Teilgebiete diskutiert worden sind, auf das Recht der Kartellordnungswidrigkeiten, kann aber ohne Frage auch dann mit Gewinn berücksichtigt werden, wenn es darum geht, den Problemen der Verwaltungsaktsakzessorietät in anderen Teilrechtsgebieten Herr zu werden.

Seiler, Wiltrud: Die Untreuestrafbarkeit des Wirtschaftsprüfers. Frankfurt a.M./Berlin u.a.: Peter Lang 2007, 245 S. Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 4532.

Im Unterschied zu den in den letzten Jahren geradezu aus dem Boden sprießenden Untersuchungen zur Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht bewegt sich die Dissertation von *Seiler* gewissermaßen in einer „klassischeren“ Tradition, in welcher die potentielle Untreuestrafbarkeit bestimmter Berufsträger für verschiedene Handlungen diskutiert wird. *Seiler* hat den Beruf des Wirtschaftsprüfers ausgewählt, der mittelbar selbstverständlich auch eine große Nähe zum Thema Gesellschaftsrecht aufweist und der im Strafrecht an anderer Stelle eine Rolle spielt, etwa in § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB sowie im Zusammenhang mit Berichts- und Geheimhaltungspflichten, etwa nach §§ 332 f. HGB, 404 AktG.

Die Arbeit ist in acht – unterschiedlich lange – Teile gegliedert. Im ersten Teil erfolgt eine kurze Hinführung, welche die Bedeutung und die Aufgaben des Wirtschaftsprüfers knapp skizziert, bevor im zweiten Teil seine Stellung und Aufgaben näher beschrieben werden. Für den weiteren Verlauf von besonderer Bedeutung sind naturgemäß die Aufgaben (S. 27 ff.) und Berufspflichten (S. 43 ff.) des Wirtschaftsprüfers. Nach einem dritten Teil „Allgemeines zur Untreue“, in dem neben einer Reihe für den strafrechtlich interessierten Leser wenig neuer Erkenntnisse *Seiler* insbesondere das von ihr betonte Erfordernis des Täters als „materiell Interner“ entwickelt und als eine Person definiert, deren „Handeln die Machtverhältnisse zu Lasten des Vermögensinhabers verschiebt“, werden im vierten Teil (S. 75 ff.) die einzelnen Aufgaben des Wirtschaftsprüfers auf ihr „Untreuepotential“ hin untersucht. Gegenstand des zentralen und umfangreichsten fünften Teils (S. 79 ff.) sind dann die Untreue bei der Prüfungstätigkeit und im sechsten Teil (S. 191 ff.) die Untreuestrafbarkeit bei Gutachterstätigkeit, bevor im siebten Teil (S. 201 ff.) das Verhältnis zwischen § 266 StGB und § 323 HGB näher beleuchtet wird und der abschließende achte Teil (S. 209 ff.) noch einmal eine

Reihe von Beispielen bietet, in denen mehr oder weniger typische Fehler des Wirtschaftsprüfers auf ihre Untreuerelevanz hin überprüft werden.

Die ausführlichsten Überlegungen sind – wie schon erwähnt – der Prüfungstätigkeit als „Kernkompetenz“ des Wirtschaftsprüfers gewidmet. Für die dabei interessierende Frage nach dem Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht kommt es nach Auffassung *Seilers* zentral auf die Selbständigkeit des Täters an und nicht auf Merkmale wie die Eigenverantwortlichkeit, Dauer oder den Umfang (vgl. S. 104 ff.). Hinzukommen muss eine Fremdnützigkeit der Tätigkeit, d. h. der Geschäftsherr muss in wirtschaftlicher Art von Aufgaben entlastet werden, für die er sonst selbst zu sorgen hätte. Für die Prüfungstätigkeit bejaht *Seiler* dies, da bzw. soweit die entsprechenden Aufgaben sonst durch den Aufsichtsrat wahrgenommen werden müssten (S. 139 ff.). In solchen Konstellationen wird die Vermögensbetreuungspflicht dann praktisch durch jede unrichtige Prüfung verletzt, wobei auch kein tatbestandsausschließendes Einverständnis mit einer unrichtigen Prüfung möglich ist (vgl. S. 146 ff.), obwohl *Seiler* die Vermögensbetreuungspflicht überzeugend nur auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt und diese nicht auf Anteilseigner oder Dritte erstreckt. Schadensfeststellung und Vorsatz folgen grundsätzlich den allgemeinen Regeln, wobei *Seiler* für die gerade vorliegend wichtige Konstellation des Gefährdungsschadens den Begriff des „Vorfeldschadens“ vorschlägt (S. 158 ff.). Im Rahmen der Gutachtertätigkeit fehlt es dem Wirtschaftsprüfer dagegen an der Vermögensbetreuungspflicht, da er als gerichtlicher oder Schiedsgutachter nicht fremdnützig tätig wird und als Par-teiengutachter nicht als „materiell Interner“ handelt (S. 191 ff.).

Auch wenn im Einzelfall mitunter hinterfragt werden könnte, ob der von *Seiler* betriebene dogmatische Aufwand den Erkenntnisfortschritt in der doch beschränkten Fragestellung rechtfertigt, handelt es sich um eine gut lesbare und überwiegend überzeugend begründete Untersuchung, die nicht zuletzt aufgrund zahlreicher Beispiele dem Strafrechtler die schillernde Figur des Wirtschaftsprüfers näher bringt und die strafrechtlichen Grenzen für dessen Handeln konsistent absteckt.

Käbisch, Verena: Markenschutz im Strafrecht. Die Rechtslage in Deutschland und den USA. Frankfurt a.M./Berlin u. a.: Peter Lang 2006, 447 S. Criminalia, Band 42.

Knapp drei Jahre nach der wichtigen Monographie zum deutschen Marken-strafrecht von *Schulz* (vgl. dazu ZStW 119 [2007], S. 418 ff.) ist mit der Dis-sertation von *Käbisch* eine weitere Gesamtdarstellung des Markenschutz-

strafrechts erschienen. Während *Schulz* seine Untersuchung stärker innerhalb des deutschen Strafrechts „eingeordnet“ hat (etwa zu den Fragen: Markenstrafrecht als Wirtschaftsstrafrecht? Markenschutz durch Normen des Kernstrafrechts?), ergänzt *Käbisch* ihre Darstellung – umfangmäßig ungefähr gleichberechtigt – durch den rechtsvergleichenden Blickwinkel über den Atlantik. Die Arbeit ist in sieben Teile gegliedert, von denen die ersten fünf jeweils in drei weitgehend parallel strukturierte Kapitel untergliedert sind, die jeweils den Länderbericht zu Deutschland und den USA sowie einen vergleichenden Teil enthalten. Der erste Teil (S. 33 ff.) bringt dabei eine Einführung in die jeweiligen markenrechtlichen Grundlagen. Der zweite Teil (S. 99 ff.) beschreibt und vergleicht die jeweiligen Tatbestände des Markenstrafrechts, bevor im dritten Teil einzelne materiell-rechtliche Probleme vertieft werden (S. 189 ff.). Der vierte Teil (S. 255 ff.) widmet sich strafprozessualen Besonderheiten, der fünfte (S. 315 ff.) der „Rechtswirklichkeit“. Das Buch endet mit zwei Kapiteln zu internationalen Initiativen zur Ausgestaltung von markenstrafrechtlichen Straftatbeständen (S. 333 ff.) auf allgemein völkerrechtlicher und europäischer Ebene sowie zu Schlussfolgerungen zu Verbesserungsvorschlägen für das deutsche Markenrecht (S. 353 ff.).

Beim Vergleich der Ausgestaltung der Straftatbestände (S. 176 ff.) des deutschen § 143 MarkenG und des amerikanischen 18 U.S.C. § 2320 konstatiert *Käbisch* in Deutschland einen weitergehenden strafrechtlichen Markenrechtsschutz, da die insgesamt weniger stark markenrechtsakzessorische Strafregelung in den USA im Wesentlichen auf den Identitätsschutz beschränkt sei. Die Tathandlungen, die Beachtlichkeit einer Zustimmung sowie die Idee eines „fair use“ seien dagegen in beiden Rechtsordnungen ähnlich; ebenso anerkennen beide auch den Grundsatz der markenrechtlichen Erschöpfung als strafrechtlich relevant, wobei dieser in den USA weiter reicht als in der auf Europa beschränkten deutschen Regelung. Auf der Tatbestandsseite bestehe – so *Käbisch* – durch die Beschränkung auf eingetragene Marken in den USA ein Plus an Rechtssicherheit (S. 246 ff.). Für die im Immaterialgüterstrafrecht problematischen Bereiche der Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenirrtümern verläuft die Diskussion trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte im Wesentlichen offenbar ähnlich. Der Strafraum für Markenschutzverletzungen ist in den USA bis zu viermal höher, was freilich kein Spezifikum des Markenschutzstrafrechts ist.

Bezogen auf den Vergleich der wesentlichen prozessualen Strukturen (S. 307 ff.) ist zunächst erwähnenswert, dass die Opferposition in Deutschland grundsätzlich deutlich stärker ist, was insbesondere deshalb erstaunt, weil die Stellung des Opfers im deutschen Strafverfahren insgesamt aus hie-

siger Sicht oft als zu schwach kritisiert wird. Dem stehen in den USA deutlich weitergehende Ermittlungsmöglichkeiten beim Verdacht von Markenverstößen gegenüber.

Insgesamt handelt es sich um eine für beide Rechtsordnungen (soweit dies von uns beurteilt werden kann) und auch im jeweiligen Vergleich gelungene Untersuchung, die einerseits in ihren deutschen Teilen durchaus als hilfreiche Einführung in das Markenstrafrecht genutzt werden kann, andererseits durch die vergleichende Perspektive in einem Deliktsbereich, der in hohem Maße durch grenzüberschreitende Kriminalität geprägt ist, wichtige Anregungen bringt.

Lüderssen, Klaus: Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts II. Baden-Baden: Nomos 2007, 217 S. Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e.V., Band 33.

Mit dem hier zu besprechenden Sammelband legt *Klaus Lüderssen* den Nachfolgeband zu der 1998 unter dem gleichen Titel publizierten ersten Aufsatzsammlung vor. Die im vorliegenden Band abgedruckten 18 Beiträge sind in den Jahren 1999 bis 2007 in verschiedenen Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelbänden publiziert worden. Der Grundtenor und rote Faden, der alle Beiträge – wie auch das gesamte, auf die Dogmatik des geltenden Strafrechts bezogene publizistische Werk *Lüderssens* – durchzieht, wird in der Einleitung explizit betont: Strafrecht dürfe – so *Lüderssen* – „im Rahmen der gestaltenden Funktion des Rechts keinen Platz erhalten“ (S. 10), insbesondere sei der Versuch, dem Strafrecht bei der Gestaltung des Wettbewerbs eine Funktion zuweisen zu wollen, „mit Skepsis zu betrachten“ (S. 9). Einen Beitrag könne das Strafrecht leisten, soweit es um den Schutz des wirtschaftlichen Handelns gehe, doch auch dies „nur bei strenger Beachtung der – guten Traditionen folgenden – limitierenden Prinzipien“ (S. 11).

Zu den Prinzipien, die es zu beachten gilt, gehören für *Lüderssen* das Prinzip, dass der Einsatz strafrechtlichen Zwangs ultima ratio zu sein habe (vgl. z. B. S. 140 sowie – am Beispiel der fehlenden Legitimation der Normen des Glücksspielstrafrechts – S. 189 ff., 207 ff.) sowie die durch Art. 103 Abs. 2 GG geforderte Bestimmtheit der Verbotsmaterie. Diesem Prinzip genüge § 266 StGB jedenfalls für die Fälle nicht, bei denen sich die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens nur aus dem Bezug auf Normen der Primärrechtsordnung ergebe, wenn deren Auslegung ebenfalls problematisch und umstritten sei (S. 100 ff., 215; vgl. auch S. 128 f. [zur vertraglich begründeten Täterqualifikation i.S.d. § 331 HGB]).

Besondere Aufmerksamkeit widmet *Lüderssen* der für die Unterscheidung von extensiver Auslegung und unzulässiger Analogie relevanten Grenze, die der Wortlaut der Norm der strafrechtlichen Auslegung setzt (vgl. z. B. S. 171 ff., 207 ff., insbesondere S. 215 f. [zur Nichteinbeziehung der Spielvermittlung in den Begriff des Veranstaltens eines Glücksspiels bzw. einer Lotterie]). Gerade im Hinblick auf das Wirtschaftsstrafrecht wird er aber vor allem nicht müde, immer wieder – im ausdrücklichen Gegensatz zu und in vehementer Auseinandersetzung mit dem auf *Bruns* zurückgehenden Ansatz (S. 37 ff.) – die Notwendigkeit der Akzessorietät des Strafrechts zu betonen und diese einzufordern, wenn und soweit es darum geht sicherzustellen, dass das Strafrecht keine Verhaltensweisen pönalisiert, die nach den Vorgaben der Primärrechtsordnung nicht zu beanstanden sind (vgl. hierzu S. 28 f., 48 ff., 69 f., 143, 175 f., 214 sowie – zur Akzessorietät der Pflichtwidrigkeit bei der Untreue nach § 266 – S. 86 ff., 100 ff., 115 ff.). Andererseits ist für ihn die Akzessorietät des Strafrechts „nicht so zu verstehen, dass die Übertretung eines Verbots im Zivilrecht ohne weiteres auch eine strafrechtliche Sanktion nach sich zieht... Vielmehr ist Akzessorietät – das muss hier vielleicht noch einmal betont werden – insoweit asymmetrisch zu verstehen. Was im Zivilrecht erlaubt ist, darf nicht zu einem strafrechtlichen Verbot führen. Was im Zivilrecht verboten ist, kann gleichwohl ohne Strafe bleiben“ (S. 55; vgl. auch S. 115 ff. [zur „doppelten“ Akzessorietät], die sich daraus ergibt, dass es sich bei § 266 um eine Pflichtverletzung handeln muss, die sich – an gesellschaftsrechtlichen Regeln gemessen – als besonders gravierend darstellt; zur ebenfalls asymmetrischen Verwaltungsaktsakzessorietät vgl. *Petersohn* oben S. 760).

Die Beiträge, die neben Problemen der Untreue unter anderem auch die Anwendung der Korruptionsdelikte im Zusammenhang mit medizinischer Drittmittelforschung sowie das Glücksspielstrafrecht erfassen, können an dieser Stelle nicht alle im Einzelnen inhaltlich gewürdigt werden. Sie sind zumindest demjenigen, der die in den letzten Jahren erschienenen Festschriften gelesen hat – mehr als die Hälfte der Beiträge sind zwischen 1999 und 2007 in Festschriften publiziert worden – auch bereits bekannt. Zur Stellungnahme fordert allerdings der Beitrag heraus, in dem sich *Lüderssen* in einem Sammelband zu Ehren *Schünemanns* mit dessen Vorwurf auseinandersetzt, die Kehrseite der – unter anderem von *Lüderssen* – entfalteten Bemühungen um die „Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts“ sei die Kultivierung eines „Elendsstrafrechts“ (S. 31 ff.). *Lüderssen* hält diesem Vorwurf entgegen, die Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts schlage letztlich auch auf das Strafrecht der Elenden durch, die kompetente und schlagkräftige Verteidigung in

Wirtschaftsstrafsachen habe Erfolge erzielt, die in anderen Teilbereichen so nicht zu erreichen gewesen wären. Indes: Wenn es tatsächlich so ist, dass dem Wirtschaftsstrafrecht – oder besser gesagt: der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen – eine Art Schrittmacherfunktion für das gesamte Strafrecht zukommt, müsste dies dann nicht – zumindest aus der Sicht des Strafrechts – dafür sprechen, das Wirtschaftsrecht gerade nicht zu entkriminalisieren? Dass die Strafrechtswissenschaftler und die Rechtsanwälte, die derzeit engagiert – und gut bezahlt – Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen betreiben, nach der Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts mit gleichem Engagement Pflichtverteidigungen im Bereich der Alltagskriminalität übernehmen werden, ist eine sympathische, aber wohl mit eher wenig Realitätsgehalt ausgestattete Vision. Letztlich bleibt es dabei: Die Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts ist dort zu befürworten, wo das Wirtschaftsstrafrecht sich in Bereiche ausgedehnt hat, die mit den Funktionen des Strafrechts nicht zu vereinbaren sind. Die Forderung nach einer Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts ist deshalb – auch bei *Lüderssen* – nicht als Forderung nach einem völligen Rückzug des Strafrechts zu interpretieren, sondern als eine Rückbesinnung auf den Bereich, in dem die Anwendung strafrechtlichen Zwangs legitim ist. Welcher Bereich dies ist, bedarf der Klärung. Der vorliegende Sammelband sowie sein Vorgängerband belegen, dass *Lüderssen* an diesem Prozess stets mitgewirkt hat – und sicherlich auch zukünftig weiterhin mitwirken wird.

IV. Prozessuale Problemstellungen:

Altenhain, Karsten/Hagemeister, Ina/Haimerl, Michael/Stammen, Karl-Heinz: Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren. Baden-Baden: Nomos 2007, 354 S. Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften, Band 51.

Seitdem über Absprachen im Strafverfahren gestritten wird, gelten Wirtschaftsstrafsachen als einer der Teilbereiche der Strafrechtspraxis, in dem die Erledigung von Strafverfahren im Wege von Absprachen als weit verbreitet und auch unverzichtbar angesehen wird. Mit der vorliegenden Untersuchung wird der Abschlussbericht einer groß angelegten empirischen Untersuchung vorgelegt, die in den Jahren 2004 bis 2006 an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf durchgeführt worden ist. Ziel der Untersuchung war es, der Frage nachzugehen, „wie die Zulässigkeitsvoraussetzungen, die der Bundesgerichtshof für Absprachen aufgestellt hat, bei den Tatgerichten umgesetzt und bewertet werden“ (S. 5; vgl. auch S. 36), um so die bisher „feh-

lende aktuelle rechtstatsächliche Grundlage für die rechtspolitische Diskussion zu liefern“ (S. 31). Im Unterschied zu älteren empirischen Untersuchungen ging es nicht mehr um die heute außer Streit stehende Existenz von Absprachen, sondern um die „Darstellung der rechtstatsächlichen Ausgestaltung von Urteilsabsprachen im Wirtschaftsstrafverfahren sowie die Bewertung der Absprachenpraxis durch die daran beteiligten Berufsjuristen“ (S. 36). Befragt wurden 56 als Vorsitzende von Wirtschaftsstrafkammern tätige Richter sowie 143 bzw. 135 schwerpunktmäßig in Wirtschaftsstrafsachen tätige Staatsanwälte und Verteidiger (zur Methodik der Untersuchung vgl. im Einzelnen S. 36 ff.).

Die auf knapp 300 Seiten dargestellten Ergebnisse der Untersuchung bestätigen zum Teil das, was bereits seit langem angenommen wird, lassen andererseits aber auch einige Hypothesen in einem etwas anderem und/oder differenzierteren Licht erscheinen. Die Studie bestätigt zunächst, dass Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren tatsächlich weit verbreitet sind und von den beteiligten Berufsjuristen ganz überwiegend als unverzichtbares Instrument eingestuft werden, von dessen Einsatz alle Beteiligten und auch – ihrer Einschätzung nach sogar in erster Linie – die Beschuldigten profitieren (S. 53 ff.). Im weiteren Verlauf des zweiten Kapitels werden sodann zunächst im Detail die Ergebnisse der Befragungen dargestellt, die sich auf Verfahren vor den Grossen Wirtschaftsstrafkammern beziehen, bevor dann im abschließenden dritten Kapitel auf die Besonderheiten bei den kleinen Wirtschaftsstrafkammern eingegangen wird (S. 320 ff.). Das zweite Kapitel belegt zunächst die (Nicht-)Einbeziehung der Beschuldigten und der Schöffen (S. 80 ff.). Weiterhin wird aufgezeigt, was in der Praxis Inhalt von Verständigungsgesprächen ist (S. 116 ff.), wobei hier ein Schwerpunkt auf die Bedeutung des Geständnisses im Rahmen von Absprachen (S. 146 ff.) und auf das Phänomen der Sanktionsschere (S. 176 ff.) gelegt wird. Der in den letzten Jahren auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung häufig behandelten Problematik des Rechtsmittelverzichts des Angeklagten ist ebenso ein eigener Abschnitt gewidmet (S. 191 ff.) wie dem Ablauf der Herbeiführung und der Umsetzung einer Verständigung im Verfahren (S. 217 ff.), der gescheiterten Absprache (S. 269 ff.) sowie den Besonderheiten bei Wirtschaftsstrafverfahren mit mehreren Angeklagten (S. 280 ff.).

Auf die gewonnenen Erkenntnisse kann an dieser Stelle nicht im Detail eingegangen werden. Hervorzuheben ist aber, dass die befragten Praktiker den durch den BGH vorgegebenen Leitlinien einerseits positiv gegenüberstehen, d.h. diese als praktisch durchführbar und hinreichend präzise einstufen (S. 290 ff.; vgl. aber auch die relativierende Würdigung der Befragungs-

ergebnisse S. 295 f.), andererseits aber vor allem die verfahrensbezogenen Vorgaben des BGH auch auf Unverständnis und Ablehnung stossen, wobei die Praktiker bei Problemen, die nicht durch äußerlich gesehen korrektes Verhalten formal zu umgehen sind – wie zum Beispiel dadurch, dass man statt einer verbindlichen Strafhöhe eine Strafobergrenze in Aussicht stellt, die dann in der Regel auch ausgeschöpft wird (vgl. S. 174 ff.) –, so vorgehen, dass sie nicht ihr Verhalten den Vorgaben, sondern die Vorgaben bzw. das Verständnis derselben ihren Bedürfnissen anpassen (S. 296 ff.).

Ob man aus diesem Befund nun den Schluss ziehen muss oder auch nur ziehen sollte, dass es einer gesetzlichen Regulierung bedarf, muss an dieser Stelle offen bleiben (vgl. hierzu die in diese Richtung tendierende Würdigung auf S. 319 sowie dann – im Anschluss an die kritische zusammenfassende Würdigung der derzeitigen Rechtslage – der dezidierte Vorschlag eines formalisierten Konsensualverfahrens auf S. 341 f.). Festzuhalten bleibt, dass weder der Gesetzgeber, noch die Strafrechtswissenschaft noch der Bundesgerichtshof darum herum kommen werden, die Ergebnisse der Untersuchung zur Kenntnis zu nehmen, wenn sie – in welcher Richtung und mit welchem Ziel auch immer – Einfluss auf die Praxis der konsensualen Verfahrenserledigung nehmen wollen.

Bülte, Jens Michael: Die Geldwäschegesetzgebung als Ermächtigungsgrundlage für den Informationsaustausch zwischen Steuerbehörden und den Strafverfolgungsorganen. Zugleich eine verfassungsrechtliche Betrachtung der §§ 30 Abs. 4, 370a AO, 261 StGB und 10, 11 GwG. Frankfurt a.M./Berlin u.a.: Peter Lang 2007, 333 S. Europäische Hochschulschriften, Reihe II Rechtswissenschaft, Band 4495.

Die Frage, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen Erkenntnisse, die von staatlichen Organen in einem Verfahren nach den dort einschlägigen Regeln gewonnen worden sind, auch in anderen Zusammenhängen verwendet und verwertet werden dürfen, beschäftigt die Strafrechtsdogmatik nun schon seit längerer Zeit (vgl. hierzu auch bereits ZStW 119 [2007], S. 362). *Jens Michael Bülte* geht es in seiner Untersuchung zum einen darum, die Schwierigkeiten und Probleme aufzuzeigen, die sich daraus ergeben, dass das Strafrecht und Strafprozessrecht einerseits und das Steuerrecht andererseits nicht den gleichen Grundsätzen und Prinzipien verpflichtet sind, wohl aber Erkenntnisse generieren, die auch für den jeweils anderen Bereich von Bedeutung sind: „Je mehr Informationsaustausch möglich ist, desto eher wird sich eine Kollision zwischen den Prinzipien der unterschiedlichen Rechtsgebiete

ergeben... [Wenn] Daten weitergegeben werden sollen, so müssen sie sowohl im Rahmen des ‚Export‘- als auch des ‚Importverfahrens‘ den jeweils geltenden Grundrechtsgarantien und vor allem dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht werden“ (S. 3). Weiterhin will *Bülte* mit dem Gebiet der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität einen Teilbereich besonders eingehend beleuchten, „in dem der Datenfluss nach dem Willen des Gesetzgebers weitgehend ohne Schranken möglich sein soll [...] um so den Weg für eine effektivere und schnellere Sachverhaltsermittlung zu ebnen“ (S. 3 f.). Letztlich soll „die Frage gestellt und beantwortet [werden], welche Maßnahmen dieser Gesetzgebungsaktivitäten, die sich gegen die Organisierte Kriminalität richten sollen und daher Datenfluss in großem Ausmaß ermöglichen, wirklich diesem Ziel zu dienen bestimmt und darüber hinaus mit den Vorgaben der Verfassung vereinbar sind“ (S. 4).

In einem ersten Kapitel (S. 5–69) arbeitet *Bülte* die Ambivalenz des Steuerstrafrechts und seines Verfahrens heraus, wobei er Gemeinsamkeiten zwischen dem Straf(prozess)recht einerseits und dem Steuerrecht andererseits sowie die Mitwirkungspflicht im Besteuerungsverfahren mit dem für das (Steuer-)Strafverfahren geltenden Verbot der Selbstbelastung kontrastiert (vgl. zusammenfassend S. 68 f.). Im zweiten Kapitel (S. 70–154) werden die Folgen aus den Widersprüchen zwischen den Grundsätzen des Straf- und des Steuerverfahrens behandelt. Am Anfang steht eine Darstellung der Auswirkungen der Einleitung des (Steuer-)Strafverfahrens auf das Besteuerungsverfahren (S. 70 ff.). Hieran anschließend wird umfänglich die Frage behandelt, inwieweit die in § 30 Abs. 4 AO kodifizierten Durchbrechungen des Steuergeheimnisses mit dem nemo-tenetur-Grundsatz zu vereinbaren sind (S. 88 ff.), was *Bülte* verneint. Seiner Auffassung nach sind § 30 Abs. 4 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1a AO und auch § 30 Abs. 4 Nr. 5a, 5b und § 31b AO verfassungswidrig. Der Gesetzgeber muss – so *Bülte* – „um verfassungsgemäß zu handeln, entweder ein strenges Steuergeheimnis ohne Ausnahmeklauseln bzw. mit weit reichenden Verwertungsverboten schaffen oder im Falle der Gefahr einer strafrechtlichen Selbstbelastung nicht nur die Möglichkeit des Verwaltungszwangs vollständig beseitigen, sondern auch jede Mitwirkungsverpflichtung ausschließen“ (S. 115). Weiterhin steht *Bülte* auf dem Standpunkt, dass die im Steuerrecht als zulässig angesehene Analogie nicht auf das Steuerstrafrecht übertragen werden darf (S. 116 ff.) und dass im Steuerstrafverfahren keinerlei Abstriche von den strafprozessual üblichen Maßstäben der Überzeugungsbildung gemacht werden dürfen (S. 122 ff.). Schließlich wird noch die problematische Doppelfunktion der Steuerfahndung als Organ zur Ermittlung der Grundlagen der Besteuerung einerseits

und zur Verfolgung von Steuerstraftaten andererseits thematisiert (S. 128 ff.), wobei *Bülte* hier anregt „zu erwägen, ob das Besteuerungsverfahren und das Strafverfahren nicht ganz zu trennen sind, auch wenn dies andere Schwierigkeiten mit sich bringen wird, da die innere Verbindung zwischen beiden Verfahren nicht zu leugnen ist“ (S. 152).

Das dritte Kapitel (S. 155–333) ist überschrieben mit „Datenaustausch zu Zwecken der Steuerstraftatverfolgung“, wobei die Ausführungen in drei Teile zerfallen: Zunächst werden knapp die Regeln der AO zur Datenweitergabe an die Finanzbehörden thematisiert (S. 157 ff.). Dann werden umfangreich die Geschichte der Geldwäschegesetzgebung dargestellt (S. 168 ff.) und der Straftatbestand der Geldwäsche analysiert (S. 181–272), wobei hier die Einbeziehung steuerstrafrechtlicher Tatbestände in den Vortatenkatalog kritisch gesehen wird (S. 208 ff. sowie zusammenfassend S. 250 f. und 271). In einem dritten Schritt werden dann die sich aus dem GwG für Finanzdienstleister ergebenden Pflichten dargestellt (S. 273 ff.) und der Frage nachgegangen, unter welchen Voraussetzungen und zu welchen Zwecken die erlangten Daten verwendet werden dürfen (S. 282 ff.), wobei *Bülte* zum einen eine restriktive Auslegung des § 11 Abs. 7 GwG befürwortet, die eine Verwendung in Strafverfahren nur dann gestattet, wenn es sich um Verfahren handelt, die in einem Zusammenhang mit Organisierter Kriminalität stehen (S. 311) und zum anderen zu dem Ergebnis kommt, die einschlägigen §§ 10 Abs. 2, 11 Abs. 7 GwG entsprächen „nicht den Vorgaben des Volkszählungsurteils und sind damit verfassungswidrig“. Die in diesen Normen vorgesehenen „umfassenden Verwendungsmöglichkeiten sind in ihrer Unbestimmtheit und ihrer fehlenden Zweckbindung unverhältnismäßig“ (S. 333). Was dann konkret aus diesem Verdikt folgt, wird nicht thematisiert. Abgesehen hiervon bleibt dunkel, welche Funktion die umfangreichen, für die Problematik der verfahrensüberschreitenden Datenflüsse aber ersichtlich irrelevanten Ausführungen zum Anwendungsbereich und zur Auslegung des § 261 StGB haben.